



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Recurso nº. : 123.410
Matéria : IRF - Ano(s): 1994
Recorrente : FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL - FEMCO
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 07 de dezembro de 2000
Acórdão nº. : 104-17.803

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.

COMPETÊNCIA – JURISDIÇÃO – DELEGACIAS ESPECIAIS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – As Delegacias Especiais de Instituições Financeiras, nos limites de suas jurisdições, são competentes para fiscalizar as entidades de previdência privada.(Portaria SRF n.º 563, de 27 de março de 1998).

TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS - PESSOA JURÍDICA NÃO TRIBUTADA COM BASE NO LUCRO REAL – GANHOS LÍQUIDOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS NAS BOLSAS DE VALORES – 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. 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.

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA – SEM CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - LANÇAMENTO DE MULTA DE OFÍCIO E JUROS MORATÓRIO – Caberá lançamento de multa de ofício e juros moratórios na constituição do crédito tributário destinado a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, se a exigibilidade não houver sido suspensa através de concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, desacompanhada de depósito judicial integral.

Preliminares rejeitadas.

Recurso não conhecido.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL - FEMCO.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NÃO CONHECER do recurso, em face da opção pela via judicial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 26 JAN 2001

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



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803
Recurso nº. : 123.410
Recorrente : FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL - FEMCO

RELATÓRIO

FUNDAÇÃO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL - FEMCO, entidade fechada de previdência privada, inscrita no CGC/MF 46.481.9176/0001-56, com sede na cidade de Santos – Estado de São Paulo, à Av. Conselheiro Nébias, n.º 368-A – 5º, 6º e 7º5, Vila Mathias, jurisdicionado a Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 210//225, prolatada pela DRJ em São Paulo - SP, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 229/268.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 26/02/99, o Auto de Infração de Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 01/06, com ciência, em 26/02/99, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 32.425.216,20 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de renda na fonte incidente sobre ganhos líquidos obtidos nas aplicações em papéis de renda variável, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% (artigo 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96) e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto, referente aos fatos geradores relativo ao período de 01/01/94 a 31/12/94.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n.º : 16327.000364/99-14
Acórdão n.º : 104-17.803

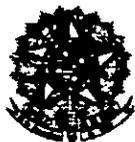
Da ação fiscal resultou a constatação de falta de recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os ganhos líquidos obtidos nas aplicações em papéis de renda variável, realizadas no mercado à vista de Bolsa de Valores (ganhos líquidos em operações com ações no mercado à vista – sujeito passivo responsável pela apuração mensal e o recolhimento do imposto devido). Infração capitulada nos artigos 26 e 52, da Lei n.º 8.383/91, artigo 29, da Lei n.º 8.541/92 e artigos 2º e 3º, da Lei n.º 8.850/94.

A Auditora-Fiscal, autuante, esclarece ainda, através do Termo de Constatação de fis. 07/10, entre outros, os seguintes aspectos:

- que a Fundação Cosipa de Seguridade Social – FEMCO, conforme seu estatuto, é pessoa jurídica de direito privado de fins previdenciais, assistenciais e não lucrativos, com objetivos de instituir planos para concessão de benefícios suplementares ou assemelhados aos da previdência social oficial, prestar assistência social e financeira aos seus participantes e promover o bem estar social dos mesmos;

- que intimada a apresentar o registro no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, do Ministério da Previdência e Assistência Social, ou Decreto Federal com o reconhecimento da entidade como sendo de utilidade pública, ou atestado de Filantropia emitido por órgão competente, alegou sua condição de imunidade tributária, em razão de estar regida pela Lei n.º 6.435/77, que em seu artigo 39, parágrafo 3º, define as entidades fechadas de previdência complementar como instituição de assistência social;

- que essas contribuições estão previstas no artigo 195 da Constituição de 1988, sobre o financiamento da seguridade social, que no parágrafo 7º observa a isenção para as entidades beneficentes de assistência social, desde que atendidas às exigências estabelecidas na lei;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

- que alegando imunidade tributária, por ser entidade de previdência privada, e não isenção, como supõe o fisco, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança em processo de n.º 00.0763490-0, distribuído em 07/04/86 na 16ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária de São Paulo, contra o Superintendente Regional da Receita Federal em São Paulo, objetivando a concessão de medida liminar para reconhecer o direito da impetrante de não sofrer retenção de imposto sobre a renda na fonte, na hipótese de obtenção de dividendos, juros e demais rendimentos de capital;

- que a decisão que concedeu a segurança em definitivo foi mantida quando da apelação interposta pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, como litisconsorte necessária, ao tribunal Federal de Recursos, por acórdão proferido em 27/03/89, por decisão unânime da Sexta Turma;

- que em 13/11/91 a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu por unanimidade não conhecer dos embargos de declaração opostos pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, por acórdão que transitou em julgado em 19/08/92;

- que mediante a decisão judicial, o contribuinte deixou de ser tributado na fonte, relativamente aos rendimentos obtidos em aplicações financeiras em papéis e fundos de investimentos de renda fixa e renda variável, assim como deixou de recolher o imposto de renda sobre ganhos de capital, relativo aos lucros obtidos nas operações no mercado à vista de ações negociadas em bolsa de valores;

- que embora a decisão tenha transitado em julgado, há que se considerar a manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, mencionando os casos de "mandado de segurança ... com decisão transitada em julgado: passa a ser exigido o tributo, caso não pago espontaneamente, se houver alteração da legislação de regência..";



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

- que a alteração referida neste caso é a nova Constituição Federal promulgada em 1988, que trouxe a distinção entre previdência e assistência social, nos artigos 201 e 203, bem como as Lei n.º 8.383/91 e 8.541/92, que trouxeram novas determinações quanto a tributação do imposto de renda na fonte e do imposto sobre os ganhos em operações de renda variável na bolsa de valores. A sentença proferida em 1986, em primeira instância, referia-se a uma situação diferente, pois se baseava na Constituição de 1967;

- que o imposto de renda na fonte apurado, relativo às aplicações em papéis de renda fixa, fundos de investimentos e dividendos recebidos, é lançado ao sujeito passivo, uma vez que o responsável pela apuração e recolhimento, como determina a legislação, deixou de fazê-lo em decorrência da obediência ao mandado judicial apresentado pelo contribuinte;

- que em relação à tributação dos ganhos líquidos nas operações com ações negociadas em bolsa, o lançamento cabe diretamente ao sujeito passivo, que é o responsável pela apuração mensal e o recolhimento do imposto devido. Os demonstrativos elaborados pelo contribuinte referem-se aos saldos dos estoques de papéis em 31/12/93, a partir dos quais foram calculados os ganhos líquidos nas vendas realizadas.

Em sua peça impugnatória de fls. 57/91, instruída pelos documentos de fls. 92/209, apresentada, tempestivamente em 24/03/99, 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, preliminar, tem-se que são inúmeras as decisões dos Tribunais Superiores, inclusive do Pretório Excelso, que deram pela inconstitucionalidade do Decreto-



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

lei n.º 2.065/83. Portanto, ao contrário do contido no Termo de Constatação, ainda hoje prevalece incólume o comando legislativo do parágrafo 3º do artigo 39 da Lei n.º 6.435/77. Diz o mencionado parágrafo 3º que: "As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da alínea c do inciso III do artigo da Constituição". Revivida a regra, resta saber se a Constituição de 1988 a recepcionou. Acreditamos que não existe qualquer dúvida quanto a isso. Tanto a Constituição anterior quanto a presente reconhecem a imunidade tributária das entidades de assistência social; a única diferença faz residência na expressão sem fins lucrativos incorporada ao texto vigente. Se assim é e considerando que as EFPP's não possuem fins lucrativos, o parágrafo 3º do artigo 39 da Lei n.º 6.435/77, foi, efetivamente, recepcionado pela atual Carta Magna;

- que ser ou deixar de ser entidade de assistência social sem fins lucrativos passa, pois uma análise fática e não puramente jurídica. Se a lei considera as EFPP's entidades de assistência social para os efeitos da imunidade tributária, dita análise torna-se despicienda;

- que a preocupação do legislador em reconhecer a função eminentemente social e assistencial das entidades fechadas de previdência privada é traduzida pelo artigo 34, que as considera complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência Social, e como já mencionado pelo parágrafo 3º do artigo 39, quando reafirma a sua condição de instituições de assistência social para os efeitos da letra "c" do item III do artigo 19 da então vigente Constituição Federal, que teve sua redação reproduzida no artigo 150, VI, letra "c" da Carta Magna promulgada em 05/10/88, com o reforço da expressão "sem fins lucrativos";

- que assinale-se que a imunidade de que gozam as entidades fechadas de previdência privada é de ordem constitucional, eis que o dispositivo da lei ordinária apenas



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n.º : 16327.000364/99-14
Acórdão n.º : 104-17.803

explicitou a sua condição de instituição de assistência social, de resto já consagrada em arrestos da Suprema Corte e dos diversos Tribunais do país;

- que os bens imóveis e as aplicações financeiras fazem parte do patrimônio do Fundo, constituído para dar suporte as suplementações de aposentadoria. Portanto, como investimento, inclusive, obrigatório por imposição legal;

- que efetivamente, resulta evidenciado que tanto a aquisição imobiliária, como as aplicações financeiras, se encontram vinculada aos planos de previdência da impugnante, atendidas, assim, a finalidade social, e assistencial da referida entidade privada de previdência social, sendo, assim, imperioso reconhecer o direito àquela imunidade tributária, com relação ao imposto em questão;

- que a Fundação Cosipa de Seguridade Social é entidade fechada de previdência privada, autorizada a funcionar pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, luz de seus estatutos e regulamentos, devidamente aprovados, e aplica seus recursos de acordo com a Resolução BACEN n.º 2.324/96;

- que em decorrência, já se sabe que entidade fechada de previdência privada não é instituição financeira. Nenhuma daquelas elencadas acima e nem aquelas que se encontram contidas na expressão "todas as demais". Essa é a interpretação que merece a Portaria n.º 563/98, a uma, porque não cabe ao intérprete entendimento mais extensivo, sob pena de legislar, e a duas porque simples Portaria, em relação a hierarquia das leis, não pode alterar o ordenamento jurídico vigente, e muito menos norma constitucional e até infra-constitucional;

- que se entidade de previdência privada fechada não é instituição financeira e, por isso mesmo, não está no elenco do artigo 1º da Portaria n.º 563/98, falta competência



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

e jurisdição à Delegacia Especial das Instituições Financeiras para auditar a Fundação Cosipa de Seguridade Social – FEMCO, caracterizando, destarte, a inexigibilidade do crédito apurado, sem prejuízo da nulidade do auto de infração, cuja matéria será abordada em item próprio;

- que no mais, cumpre ainda noticiar a existência de ação declaratória aforada pela ora impugnante, em fase da União Federal, processo n.º 90.0202143-7, que tramitou perante a 3ª Vara da Justiça Federal em Santos, objetivando a declaração de imunidade não só em relação ao IOF sobre aplicações financeiras, bem como em relação a todos os impostos;

- que dita ação foi julgada procedente em parte, em primeira instância, tendo o Juiz anteriormente concedido a liminar pleiteada, e no mérito manteve dita decisão, tomando-a definitiva para o fim de declarar a inexistência da obrigação tributária em questão. As partes recorreram, a União para obter a reforma do julgado, e a autora, ora impugnante, para estender a declaração de imunidade, a todos os impostos, fulcrando suas razões na inexistência de meia imunidade e ou de imunidade parcial;

- que portanto, considerando que as referidas decisões também se encontram umbilicalmente ligadas com o presente processo fiscal, eis que trata da imunidade tributária, a qual atinge não só o imposto sobre a renda, mas também todo o patrimônio das instituições de assistência social, como in casu, é de mister, repita-se, novamente, a anulação do auto de infração e ou suspensão do processo fiscal, o que se requer de forma subsidiária;

- que nem o auto de infração, nem o termo de Constatação que lhe segue informam a norma legal infringida ou os "respectivos enquadramentos legais", como está a indicar;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

- que além disso, a Sra. Auditora Fiscal do Tesouro Nacional, imputou a impugnante duas infrações que entende distintas, porque elaborado dois Autos e dois Termos de Constatação, sem indicação da norma infringida, posicionando-se, apenas, no entendimento de que inexistente a imunidade tributária noticiada pela impugnante;

- que em face do exposto, e considerando a falta de competência e jurisdição da Delegacia das Instituições Financeiras para fiscalizar a impugnante, entidade fechada de previdência privada – e considerando o defeito insanável do auto que impossibilita o exercício do direito de defesa da entidade, o auto de infração deve ser cancelado em face a sua flagrante nulidade;

- que, no mérito, efetivamente, conforme demonstrado, as circunstâncias do caso vertente se encontram devidamente identificadas em relação aos casos confrontados, culminando pelo entendimento majoritário de que as Entidades Fechadas de Previdência Privada, são entes de colaboração do Poder Público, nos termos do artigo 34 da Lei n.º 6.435/77, e portanto, complementares da Previdência e Assistência Social, e que tanto na vigência DA Constituição de 1967/69, quanto na vigência da Constituição de 1988, não modificou o princípio da Carta Magna no que tange às Entidades de Assistência Social, ocorrendo, em verdade, mero acréscimo na atual Carta Magna, em sua alínea "c" do artigo 150, VI, da expressão sem fins lucrativos, apenas para excluir as Entidades Abertas, razão pela qual, aflora a imunidade a impostos das Entidades Fechadas de Previdência Privada, consolidando-se entendimento em iterativos precedentes;

- que não resta dúvida, portanto, que o crédito tributário objeto do auto de infração e do respectivo Termo de Constatação, inexistente face todo o articulado supra. Quanto à apuração de juros de mora e multa, pelo fato de a questão estar "sub judice", além de todos os demais precedentes, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n.º : 16327.000364/99-14
Acórdão n.º : 104-17.803

desde a concessão da liminar confirmada pela sentença de primeira Instância, são considerados, como o principal apurados, indevidos.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade julgadora singular concluiu pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário lançado, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, de acordo com a Portaria SRF n.º 563, de 27 de março de 1998, vê-se que, em relação aos contribuintes elencados no art. 1º, houve uma "transferência de jurisdição" (§ 1º do art. 2º) e uma "transferência de domicílio fiscal", com a conseqüente transferência de todos os processos a elas relativos para a respectiva DEINF (art. 4º);

- que as discussões quanto à extensão do conteúdo do comando legal não serão aqui analisadas, por não ser esta DRJ foro adequado para tanto. Se, através da Portaria SRF n.º 563/1998, o Secretário da Receita Federal, no uso de suas atribuições, modificou a jurisdição das entidades de previdência privada, elencando-as, em caráter genérico, no item XXV do art. 1º dessa Portaria, inexistente razão para se inferir que especificamente as entidades fechadas estariam dali excluídas;

- que não obstante o alegado, todas as medidas fiscais adotadas no procedimento fiscal estão devidamente acompanhadas de seu fundamento legal. Percebe-se, assim, não ter razão a contribuinte em sua arguição;

- que inicialmente, impede destacar que mandado de segurança, na forma como previsto no art. 5º, LXIX, da atual Carta Magna, é cabível para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

- que o mandado de segurança pode ser repressivo de uma ilegalidade já cometida, ou preventivo quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Nesse caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo em risco o direito do impetrante;

- que contudo, não se trata de uma carga declaratória aberta, de cunho normativo, invocável como regra regedora para situações administrativas análogas: de acordo com Sérgio Ferraz, a força declaratória dirige-se unicamente ao ato coator já praticado, atingindo, no máximo, outros idênticos, já em vias de consumação. Nesses limites, a segurança poderá ter, a um só tempo, feição corretiva e preventiva. Mas, em face de uma praxe administrativa coercitiva, que se pratica em periodicidade previsível, se o interessado quiser afastar, de uma vez, a renovação de constrições, caber-lhe-á usar de outros instrumentos jurídicos (cautelares, ação de inconstitucionalidade, etc.), que não o mandado de segurança;

- que assim, o Mandado de Segurança só serve de remédio jurídico para a proteção de direito líquido e certo ferido por ato concreto da autoridade administrativa ou na hipótese de existência de elementos plausíveis que ensejam o justo receio de lesão a esse direito, uma vez que não cabe mandado de segurança contra lei latu sensu em tese, conforme verbete da Súmula n.º 266 do Supremo Tribunal Federal;

- que conseqüentemente, na área tributária, não se concebe a existência de sentença concessiva in genere e para todos os casos futuros, com cunho de normatividade,



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

como a mera declaração de desobrigação do impetrante de pagar não só os atuais créditos tributários, mas também os que sejam decorrentes de fatos geradores futuros;

- que admitir-se a extensão do pedido objeto do mandado de segurança para períodos-base subsequentes implicaria em impetração contra fatos geradores hipotéticos, ou seja, contra lei em tese, porquanto ninguém pode adivinhar se a pessoa jurídica irá ou não praticar atos que correspondam a concretização da hipótese prevista num comando legal inquinado;

- que de acordo com as conclusões do Parecer PGFN/CRJN/n.º 182/93, a decisão, em mandado de segurança, não cabe ser estendida a atos futuros em decorrência de fatos imponíveis futuros, isto porque estes não representam violação ou ameaça a direito líquido e certo, restringindo-se os efeitos de coisa julgada, apenas em relação aos atos da autoridade fiscal que tenham violado ou ameaçado direito do impetrante, visto que o mandado de segurança não é meio processual adequado para atacar lei em tese, nem substitui ação, meramente, declaratória. A declaração de inconstitucionalidade, no mandado de segurança, representa mero motivo de ordem, que, nos termos dos art. 649, I, do C.P.C, não faz coisa julgada;

- que assim, considerando-se que, à luz das disposições contidas no Código Tributário Nacional, a obrigação tributária e o conseqüente direito do fisco constituir o crédito nascem somente com a concretização da hipótese normativa prevista em lei (ocorrência do fato gerador da obrigação tributária), o mandado de segurança impetrado pela contribuinte abrange: a) os fatos geradores supostamente ocorridos e que já haviam sido objeto de lançamento de ofício; b) fatos geradores supostamente ocorridos, cujo lançamento ainda não foi efetivado;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

- que destarte, não há como as referidas ações alcançar o presente lançamento, dado que o crédito tributário formalizado através do Auto de Infração de fis. 01 compreende somente os fatos geradores ocorridos em 1994. São totalmente infundadas, pois, as argumentações apresentadas pela defesa nesse sentido;

- que como restou determinado que a questão não está sub judice e nem tampouco suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há que se falar em dispensa das multa de ofício;

- que no que se refere às posições doutrinárias favoráveis à tese da impugnante, bem como a existência de decisões dos Tribunais Superiores, cabe esclarecer que pouco pode este juízo administrativo fazer além de afirmar o fato de que o acórdão, prolatado no âmbito de Recurso Especial, não produz efeitos para ninguém mais que as partes diretamente envolvidas na questão litigada, não podendo ser estendido para sujeitos e/ou situações outras;

- que assim o fato de a Auditora Fiscal não haver mencionado no Termo de Constatação a existência de decisões que vêm ao encontro de suas teses, além de não ser requisito essencial para a formalização do crédito tributário, tal omissão não lhe traz qualquer prejuízo, uma vez que a jurisprudência citada pela impugnante não se aplica ao presente caso, por falta de lei que lhe atribua eficácia normativa;

- que sendo o Supremo Tribunal Federal a última instância autorizada a se pronunciar a respeito da constitucionalidade das leis e tendo em vista que a controvérsia, inclusive, já foi objeto de decisão proferida por essa Corte Constitucional no sentido de que as entidades fechadas de previdência privada não são entidades de assistência social e tampouco detentoras da imunidade constitucional, afigura-se plenamente compatível com o



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

sistema vigente a cobrança do imposto de renda sobre os ganhos líquidos obtidos pela impugnante nas aplicações em papéis de renda;

- que as taxas de juros são aquelas legalmente fixadas, diferentemente daquelas que regem a política de moeda e crédito que é fixada pelo Banco Central. Assim é que a taxa mencionada no § 1º do art. 161 do CTN, vem sendo quantificado, ao longo do tempo, pela legislação ordinária. A partir de 1º de abril de 1995, a exigência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do SELIC tem amparo legal no artigo 13 da Lei n.º 9.065/95 e, para o ano-calendário de 1997, nos artigos 6º, § 2º, e 61, § 3º, da Lei n.º 9.430/96.

A ementa que consubstancia a presente decisão é a seguinte:

***Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF**

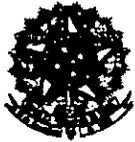
Ano-calendário: 1994

Ementa: EFEITOS DA COISA JULGADA. O trânsito em julgado de decisão judicial limita-se à matéria declarada na sentença e perdura, nas relações continuativas, se vigente a mesma lei e a mesma situação fática. Tendo sucedido alterações nas normas, de cuja incidência a relação tributária decorre, justifica-se o lançamento e a cobrança do crédito em relação a fatos geradores ocorridos posteriormente às modificações legislativas, incidindo, na espécie, o art. 471, I, do CPC. (PARECER PGFN/CRJN/Nº 1.277/94).

NULIDADE. Comprovada a legitimidade do lançamento efetuado afastam-se, por improcedentes, as preliminares argüidas de nulidade do auto de infração.

COMPETÊNCIA. As Delegacias Especiais de Instituições Financeiras – DEINF, nos limites de suas jurisdições, são competentes para fiscalizar as entidades de previdência privada.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. As entidades fechadas de previdência privada não estão alcançadas pela imunidade constitucional.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

RENDA VARIÁVEL. Os ganhos líquidos obtidos nas aplicações em papéis de renda variável estão sujeitos à incidência do imposto de renda.

JUROS DE MORA – O artigo 161 do CTN autoriza, expressamente, a cobrança de juros de mora à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês-calendário, se a lei assim o dispuser.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, é legítima a cobrança de multa correspondente, pela falta de recolhimento do tributo devido, não declarado.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 09/05/00, conforme Termo constante às folhas 226/228, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (07/06/00), o recurso voluntário de fls. 229/268, instruído pelos documentos de fls. 269/291, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que no caso em questão, foi com base em tal ligação que a Juíza da 18ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, nos autos do mandado de segurança n.º 2000.61.00.017819-7, deferiu a liminar pleiteada pela ora recorrente, através da qual determinou ao Sr Delegado da Receita Federal receber e processar o presente recurso independentemente de qualquer apresentação de depósito, "suspendendo assim a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN";

- que, portanto, considerando que as referidas decisões também se encontram umbilicalmente ligadas com o presente processo fiscal, eis que trata da imunidade tributária, a qual atinge não só o imposto sobre a renda, mas também todo o patrimônio das instituições de assistência social, como in casu, é de mister, repita-se, novamente, a anulação do auto de infração e ou a suspensão do processo fiscal, o que se requer de forma subsidiária;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

- que requer sejam reconhecidos como válidos os argumentos que alicerçam no presente recurso administrativo, para reformar a decisão recorrida, a fim de preliminarmente, declarar a nulidade do auto de infração; a existência de prejudicialidade externa e a inexigibilidade do crédito tributário em questão, com a declaração de nulidade do auto e de insubsistência do mesmo, conforme a hipótese, e ultrapassada as questões prejudiciais, fato que se admite apenas a título de argumentação e por respeito ao princípio da eventualidade, que em relação a matéria de fundo, seja julgado improcedente a autuação, cancelando-se a mesma e inclusive o respectivo Termo de Constatação, e ainda que por absurdo, dita autuação seja mantida, e sem embargo dos caminhos do Poder Judiciário, em sede de execução fiscal, que a multa, igualmente seja cancelada, reduzindo-se, também, os juros aos limites estabelecidos pelo Código Civil e ou de forma subsidiária pela Carta Magna.

Consta às fls. 293/296 Medida Liminar em Mandado de Segurança, para o fim de determinar o recebimento do recurso administrativo, pela autoridade impetrada, noticiado nos autos, independentemente de depósito prévio de 30% do valor do crédito tributário recorrido.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

VOTO

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.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Em última análise, não aplicável no caso em pauta, 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.

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

Da mesma forma, não procede as preliminares de nulidade do auto de infração, sob os argumentos de falta de competência e jurisdição da delegacia Especial das Instituições Financeiras para fiscalizar entidades fechadas de previdência privada, bem como da falta da capitulação legal infringida.

Nestes aspectos não há muito que se discutir. Primeiro, porque a Portaria SRF n.º 563, de 27 de março de 1998, que dispõe sobre a jurisdição das Delegacias Especiais das Instituições Financeiras, é cristalina na sua redação e dispõe no seu art. 1º, inciso XXV, que a competência de fiscalizar as Entidade de Previdência Privada pertence as Delegacias Financeiras. Segundo, porque consta de forma bem clara a capitulação legal da irregularidade cometida pela autuada (fls. 02 e 07/10).

Quanto ao mérito – TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS - PESSOA JURÍDICA NÃO TRIBUTADA COM BASE NO LUCRO REAL – GANHOS LÍQUIDOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS NAS BOLSAS DE VALORES, DE MERCADORIAS, DE FUTUROS E ASSEMELHADOS – INSTITUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - não pairam dúvidas, para este relator, 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. Senão vejamos:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Consta às fls. 145/158, cópia reprográfica da Ação Declaratória impetrada pela autuada, protocolado na Justiça Federal como sendo o Processo 90.0202143-7, de 18 de maio de 1990, onde se verifica que foi requerido o seguinte:

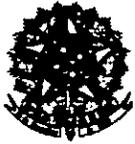
"a) A citação da Ré, na pessoa de seu Representante e Agente nesta Comarca, para que venha responder aos termos desta ação, que a final deverá ser julgada PROCEDENTE para o fim de declarar a Autora IMUNE a todos os impostos incidentes ou que venham a incidir sobre os seus patrimônio, renda e serviços, inclusive e especialmente, o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, de que trata a Lei n.º 8.030, de 12/04/90, carreando-se à Ré as cominações de estilo;

b) O depósito, nestes, autos, da importância de NCz\$ 177.144.037,00 (cento e setenta e sete milhões, cento e quarenta e quatro mil e trinta e sete cruzados novos), equivalente ao valor integral do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, objeto de discussão na presente demanda, com fulcro no permissivo legal consubstanciado no parágrafo 2º do artigo 7º, da Lei n.º 8.030, de 12/04/90, e para os efeitos do disposto no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional;

c) Protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas e que se fizerem necessárias, além da documentação já anexada à presente."

Consta às fls. 159/167, cópia reprográfica da decisão da Ação Ordinária – Processo n.º 90.0202143-7, de 22 de outubro de 1993, onde verifica-se a seguinte decisão:

"Do exposto, acolho o pedido inicial, concedendo a tutela pleiteada, declarando a inexistência de obrigação tributária da autora em face da União, no tocante ao IOF sobre aplicações financeiras de curto prazo, e para o fim de que as instituições financeiras – por meio de suas agências – deixem de efetuar as retenções relativas a IOF nas aplicações financeiras da(s) requerente(s).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Consta às fls. 168/173, cópia reprográfica do "Recurso de Apelação" na parte desfavorável, datado de 22 de novembro de 1994, da qual merece ser extraído os seguintes trechos:

* I
.....

II - A respeitável decisão de fls. 1.777/1.784 acolheu o pedido inicial, concedendo a tutela pleiteada em relação ao IOF, omitindo-se em relação aos demais impostos.

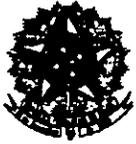
III - Interpostos embargos de declaração, o Douto Juízo de Primeiro Grau às fls. 1.787/1.788 concluiu que, do exame dos autos, observa-se que a autora, ora apelante construiu todo o arrazoado em relação a inconstitucionalidade do IOF, tanto que efetuou depósitos das parcelas do aludido imposto, entendendo, ainda, que em relação aos demais impostos o pedido é genérico, não sendo admitido tal procedimento.

.....

VIII - "Ex positivis", espera a apelante seja dado provimento ao recurso, com a reforma do julgado, a fim de que, a declaração de imunidade, na forma preconizada e acolhida pela respeitável decisão de primeiro grau, seja também, estendida a todos os impostos incidentes ou que venham a incidir sobre o seu patrimônio, renda e serviços."

Consta às fls. 270/272, cópia reprográfica da decisão do Mandado de Segurança, com pedido de liminar, relativo ao Processo 2000.61.00.017819-7, exarado pelo Juiz da 18ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, datada de 02/06/2000, que na sua conclusão diz:

"Diante do exposto, estando presentes os pressupostos do art. 7º, inciso II, da Lei n.º 1.533/51, DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR, para determinar que a autoridade coatora receba e dê o regular processamento ao recurso administrativo independentemente de qualquer apresentação de depósito, nos termos do pedido, até a decisão final deste "writ", suspendendo assim a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Ressalte-se, que a autoridade administrativa não está impedida da constituição do crédito tributário, pois é seu dever de ofício fazê-lo."

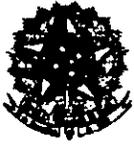
Ora, é cristalino, para este relator, que a autuada discute judicialmente a imunidade tributária e a Jurisprudência do Conselho de Contribuintes, após algumas decisões divergentes, firmou-se no sentido de que as questões postas ao conhecimento do Judiciário implica em impossibilidade de discutir o mesmo 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



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

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.

Assim, só posso concordar de forma parcial com a recorrente, já que em se tratando de Ação Declaratória em Recurso de Apelação (Processo n.º 90.0202143-7), solicitando que seja declarado a imunidade tributária, sem concessão de medida liminar (sem depósito judicial do montante do crédito tributário em discussão), bem como de Medida Liminar em Mandado de Segurança (Processo n.º 2000.61.00.017819-7), concedida após o lançamento do crédito tributário, com o intuito de suspender a cobrança do crédito tributário, entendo que suspende da mesma forma a sua exigibilidade, porém, com a aplicação da multa de lançamento de ofício, porque não se pode considerar que o contribuinte não tenha cometido a infração caracterizada pela falta de pagamento de tributo, bem como é devido os juros de mora, pela falta do depósito judicial do montante discutido.

Ora, segundo as normas do Código Tributário Nacional (art. 151, II e IV), tanto a liminar em Mandado de Segurança, como o depósito integral do tributo, têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Desta forma, não estando tal exigibilidade suspensa, antes do lançamento do crédito tributário, o contribuinte que deixa de recolher o tributo que discute judicialmente, sem obtenção de medida liminar suspendendo a exigibilidade ou seu depósito integral, obviamente que comete a infração de falta de pagamento.

Assim, se o contribuinte não estiver amparado através de concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança, bem como sem o depósito judicial integral do tributo discutido, deve-se manter a multa de lançamento de ofício e os juros de mora.

No caso dos autos, não há a comprovação da existência de depósito judicial no montante do tributo discutido, ou seja, do crédito tributário lançado, através do Auto de



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000364/99-14
Acórdão nº. : 104-17.803

Infração, nem concessão de medida liminar em Mandado de Segurança suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, antes do lançamento.

Assim sendo, e levando em conta que são cabíveis a multa de lançamento de ofício e os juros moratórios sobre a parte do crédito tributário que não esteja depositado judicialmente, ou seja, coberto por depósito judicial no valor do montante integral, bem como concessão de medida liminar, não vejo razões para se excluir a multa de lançamento de ofício e os juros moratórios do lançamento.

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 jurisdicional (opção pela via judicial). Porém, nego provimento ao recurso no tocante a multa de lançamento de ofício e aos juros de mora, dado que não objeto de apreciação judicial.

Sala das Sessões - DF, em 07 de dezembro de 2000



NELSON MALLMANN