



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Recurso nº. : 139.214
Matéria : IRF – Ano(s): 1995 a 1997
Recorrente : FUNDAÇÃO NESTLÉ DE PREVIDÊNCIA PRIVADA
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR
Sessão de : 11 de novembro de 2004
Acórdão nº. : 104-20.314

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, para prevenir a decadência.

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 Poder Judiciário afasta a possibilidade de apreciação da mesma matéria na instância administrativa, seja antes ou depois do lançamento, devido à prevalência da decisão judicial sobre a administrativa.

CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA SEM DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL – SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO – LANÇAMENTO DE MULTA DE OFÍCIO – Não caberá lançamento de multa de ofício 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, mesmo que desacompanhada de depósito judicial integral.

JUROS MORATÓRIOS – SELIC - A exigência de juros com base na taxa SELIC decorre de legislação vigente no ordenamento jurídico, não cabendo ao julgador dispensá-los unilateralmente, mormente quando sua aplicação ocorre no equilíbrio da relação Estado/Contribuinte, quando a taxa também é utilizada na restituição de indébito.

Recurso parcialmente provido.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso em relação à matéria submetida ao crivo judicial e, no mérito, DAR provimento PARCIAL para afastar a exigência da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 31 JAN 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e PAULO ROBERTO DE CASTRO (Suplente convocado).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314
Recurso nº. : 139.214
Recorrente : FUNDAÇÃO NESTLÉ DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

RELATÓRIO

FUNDAÇÃO NESTLÉ DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, Contribuinte inscrito no CNPJ/MF sob o nº 54.368.402/0001-72, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 606/616, prolatada pela DRJ/CURITIBA-PR recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 625/643.

Auto de Infração

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o auto de infração de fls. 05/134 para formalização de exigência de crédito tributário de Imposto sobre a Renda incidente na fonte sobre aplicações financeiras de renda fixa, no montante total de R\$ 10.537.875,81, incluindo multa de ofício e juros de mora, estes calculados até 31/08/2000.

A infração apurada está assim descrita no Auto de Infração: APLICAÇÃO FINANCEIRA DE RENDA FIXA – Falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras. Faltos geradores entre 01/06/1996 e 30/12/1997.

Esclarece a Autoridade Lançadora no Termo de Verificação Fiscal de fl. 136/146 que a contribuinte impetrou Mandado de Segurança onde pleiteia o reconhecimento de sua condição de entidade imune, obtendo inicialmente a segurança pleiteada a qual foi posteriormente cassada pela sentença de primeiro grau que, por sua vez, foi reformada pela decisão do Tribunal competente, que concedeu a segurança, em acórdão de 30/08/1993.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

Esclarece, ainda, que dessa última decisão a União Federal interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Entendeu, todavia, a Autoridade Lançadora, que, apesar dessas circunstâncias, era cabível o lançamento do tributo não retido pela fonte pagadora, inclusive com a multa de ofício, sob o fundamento de que,

"desde a petição inicial até o período em foco houve significativa alteração da legislação de regência, especialmente no que diz respeito às normas constitucionais. Assim, a discussão levada a efeito junto ao Poder Judiciário, por ter sido suscitada sob a vigência de ordenamento jurídico não recepcionado pela atual Constituição Federal, não suspende a exigibilidade do crédito tributário ora constituído."

Informa, ainda, a Autoridade Lançadora, que já houve lançamento anterior contra o mesmo contribuinte e sobre a mesma matéria, porém referente ao período entre outubro de 1993 e maio de 1995, tendo sido formalizado o processo administrativo nº 13805.005822/95-43.

Impugnação

Inconformada com a exigência, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 590/600, onde alega, em síntese:

- que ingressara com ação de mandado de segurança e obteve liminar em 25/02/1986 que obstava a retenção do Imposto pela fonte pagadora, liminar essa que veio a ser cassada por decisão monocrática e que, da apelação, adveio v. Acórdão do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 30/08/1993, restabelecendo o impedimento à retenção do imposto;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

- que dessa decisão colegiada a União Federal interpôs simultaneamente Recurso Especial e Recurso Extraordinário, sendo que o primeiro foi trancado em seu nascedouro enquanto que o segundo encontra-se perante o e. Supremo Tribunal Federal, aguardando ser incluído em pauta de julgamento;

- que o tributo exigido refere-se exatamente ao período relativamente ao qual a Defendente está protegida pela decisão judicial (jun/95 a dez/99);

- que a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa, razão pela qual não poderia ter sido lavrado o auto de infração objeto deste processo *"ainda mais exigindo multa e juros, estes indevidamente com base na taxa Selic, eis que a ora Defendente não se encontra em mora, em face da suspensão da exigibilidade do crédito tributário"*;

- que o objeto do mandado de segurança nº 760873/86 é o reconhecimento da imunidade tributária da ora Defendente a qual é aplicada a todos os impostos e contribuições federais, inclusive o IR-Fonte e que o fato de o mandado de segurança ter sido impetrado frente à Constituição Federal passada em nada desabona a presente peça impugnatória, pois que a matéria "imunidade" em nada foi alterada pela atual Constituição Federal;

- que se for reconhecida a imunidade frente à constituição passada também terá de haver seu reconhecimento perante esta Constituição;

- que quando a Agente Fiscal da Receita Federal deu início aos trabalhos de verificação fiscal que culminaria com a lavratura do presente auto de infração, a ora Defendente acreditou que se tratava de providências para lançamento de crédito com o propósito de "obstar a prescrição", mas que não é o que ocorreu, considerando que está sendo exigido o pagamento do tributo juntamente com a multa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

- que a Administração só poderia cobrar o crédito tributário que foi constituído por este Auto de Infração, todavia, afastando-se a incidência da multa e dos juros, após o término do processo judicial que está em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal;

- que a Administração poderia constituir o crédito tributário, porém sem a multa e juros;

- que a Defendente não estava em mora, pois amparada em medida liminar e, assim, não poderia ter sido exigido multa e juros de mora e, portanto, essa exigência deve ser afastada;

- que, ainda que fosse possível a incidência e cobrança de juros, a aplicação da taxa Selic é inconstitucional uma vez que esta não foi criada por lei para fins tributários;

- que a aplicação da taxa Selic está eivada de inconstitucionalidade material e formal, em razão do que deve ser afastada do auto de infração ora combatido a aplicação dessa taxa;

- que em 1998 a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada – ABRAPP também impetrou um Mandado de Segurança, cujo objeto é a declaração da imunidade tributária de suas associadas frente aos impostos federais, dentre eles o IR-fonte;

- que o referido processo teve liminar deferida e depois revogada em sede de sentença a qual, entretanto, foi reformada para restabelecer a segurança em sede de Agravo de Instrumento, decisão esta mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

que, no momento, o processo principal aguarda julgamento de Recurso Especial interposto pela União perante o Superior Tribunal de Justiça;

- que tudo o que foi dito em relação ao mandado de segurança nº 7608373/86, aplica-se ao mandado de segurança impetrado pela ABRAPP eis que este se diferencia daquele apenas no fato de que este busca efetivamente a declaração da imunidade das entidades associadas;

Por fim, pede a impetrante seja julgada procedente a impugnação para desconstituir o crédito tributário e, não sendo essa a decisão, que seja afastada a incidência dos juros de mora cobrados com base na taxa Selic.

Decisão de primeira instância

A DRJ/CURITIBA-PR julgou procedente o lançamento nos termos das ementas a seguir reproduzidas:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF
Ano-calendário: 1995, 1996, 1997

Ementa: ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1967 PARA RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O problema relativo à qualificação das entidades fechadas de previdência privada como instituição de assistência social colocou-se em termos diversos em face da Constituição de 1967 e em face da Constituição de 1988, uma vez que esta, diferentemente da anterior, distingue entre previdência social e assistência social. Por essa razão, eventual reconhecimento judicial de imunidade tributária em face do ordenamento constitucional anterior não se perpetua no ordenamento atual. Assim sendo, Mandado de Segurança impetrado em 1986, e ainda pendente de julgamento, não tem o condão de





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

suspender a exigibilidade de créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 1995.

TAXA SELIC. ALEGAÇÕES VOLTADAS CONTRA A LEI.

Não compete ao julgador administrativo exercer o controle incidental da constitucionalidade das leis e eventualmente determinar o afastamento de sua aplicação. Ao julgador administrativo compete apenas declarar que a taxa SELIC deve ser exigida, porque prevista em lei vigente, cuja constitucionalidade se presume.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de argüição de inconstitucionalidade de atos legais e infralegais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico naciOnal.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Incabível a discussão, na esfera administrativa, quanto à possível inaplicabilidade da norma legal por ferir princípios constitucionais, tendo em vista o devido cumprimento às determinações legais inseridas no ordenamento jurídico bem como a vinculação e a obrigatoriedade da atividade administrativa.

Lançamento procedente"

Recursos

Não se conformando com a decisão de primeiro grau, a Contribuinte recorre a este Conselho de Contribuintes nos termos da petição de fls. 625/643, onde alega, em síntese,

- que a partir de 2001, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF no Recurso Extraordinário nº 202.700-6 de que não poderiam ser consideradas imunes as entidades de previdência parcialmente custeadas pelos seus beneficiários, esclareceu-se que a imunidade albergaria apenas as entidades não custeadas por seus beneficiários;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

- que, por conseguinte, as entidades de previdência que não previssessem contribuições como forma de viabilizar a concessão de benefícios de aposentadoria seriam equiparados às entidades de assistência social imunes;

- que no ano de 1986 a ora recorrente, na qualidade de entidade de assistência social custeada integralmente por seus patrocinadores e mantenedores, impetrou mandado de segurança objetivando provimento jurisdicional que lhe confirmasse a imunidade tributária constitucionalmente garantida e que em agosto de 1993 a segurança foi concedida em segundo grau, encontrando-se o processo pendente de julgamento no STF;

- que não existe até o presente momento sentença de mérito definitiva quanto à imunidade da recorrente relativamente aos anos de 1995, 1996 e 1997, contudo, a segurança concedida pelo TRF garantiu-lhe a referida imunidade, inclusive nesse período;

- que até dezembro de 1998, a Recorrente era custeada exclusivamente por suas patrocinadoras e, portanto, relativamente a esse período inexistem dúvidas de ser a Recorrente entidade de assistência social, detentora de imunidade constitucional;

- que a partir de janeiro de 1999, quando passou a ser custeada também por seus beneficiários, reconheceu espontaneamente que não mais se enquadrava na condição de entidade de assistência social imune;

- que em função disso peticionou desistência da ação no Recurso Extraordinário já referido acima a partir de janeiro de 1999, o que foi deferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence em despacho publicado no DJU de 05/08/2003, permanecendo, portanto, o litígio em relação ao período anterior a 1999;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

- que, portanto, o lançamento combatido pelo ora recorrente é ilegal e inconstitucional pois pretende tributar entidade imune e vai contra decisão judicial;

- que não há falar-se em fato gerador do imposto de renda no caso das entidades de previdência privada organizadas, por força de lei, como fundações ou sociedades civis sem fins lucrativos, por inexistir disponibilidade econômica ou jurídica de eventual variação patrimonial;

- que os órgãos julgadores podem apreciar argumentos referentes à inconstitucionalidade de comandos legais, eis que o Poder Executivo exerce a função jurisdicional, a qual é um complemento natural da função administrativa;

- que a multa aplicada, no percentual de 75% é abusiva, não somente por ser excessiva, como totalmente incompatível com a realidade de nossa economia, merecendo ser excluída do suposto débito ou, no mínimo, reduzida;

A Recorrente reproduz, ainda, em síntese, as mesmas alegações da peça impugnatória quanto à incidência dos juros cobrados com base na taxa Selic.

É o Relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

VOTO

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido.

Não á arguição de nenhum preliminar.

Conforme mencionado no relatório, a Recorrente já foi autuada anteriormente em relação à mesma matéria, porém referente a período imediatamente anterior ao tratado neste processo (10/93 a 05/95), o qual foi discutido no processo nº 13805.005822/95-43.

Também como registrou a decisão recorrida, o referido processo já foi objeto de julgamento nesta 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, tendo sido proferido o Acórdão nº 104-17616, com as ementas a seguir reproduzidas:

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.

IRRF - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – APLICAÇÕES FINANCEIRAS – INSTITUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - PESSOAS



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

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 do recurso quanto à legalidade do lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário.

CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA SEM DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL – SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO – LANÇAMENTO DE MULTA DE OFÍCIO – Não caberá lançamento de multa de ofício 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, mesmo que desacompanhada de depósito judicial integral.

Estou de pleno acordo com o que foi decidido naquele processo e que se aplica integralmente a este pela absoluta semelhança entre ambos.

Primeiramente, não há dúvida de que a matéria de fundo objeto deste processo está em discussão no âmbito do poder judiciário. Como fartamente demonstrado nos autos, a Recorrente pleiteia, em ação de Mandado de Segurança, o direito de receber os rendimentos de aplicações financeiras sem a retenção do Imposto de Renda na Fonte sob o fundamento de que é entidade imune.

Ora, este processo cuida precisamente de auto de infração formalizado para exigir da Recorrente o imposto que deixou de ser retido na fonte em decorrência da ordem judicial.

É pacífica a jurisprudência nesta Quarta Câmara no sentido de que, se o contribuinte recorre ao Conselho de Contribuinte após o ingresso no Judiciário, esse recurso



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

sequer poderá ser conhecido por falta de fundamento legal para sua interposição, já que a própria lei estabelece a renúncia ao recurso administrativo. Se interposto antes de ingressar na Justiça, a lei decreta a desistência do mesmo, nada restando ao Conselho apreciar.

Deve-se ressaltar que não há incompatibilidade entre o comando legal, contido no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e o princípio do contraditório e da ampla defesa insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assim redigido:

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O que estabelece a Constituição é que, tanto no processo judicial, como no processo administrativo, conforme a instância em que a lide correr, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Isso não significa que o texto constitucional assegure o direito de litigar simultaneamente nas duas esferas, administrativa e judicial, posto que a própria Lei Magna estabelece a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa (art. 5º, item XXXV).

Ao contribuinte é garantido o direito de defender-se na instância administrativa e, ainda, recorrer ao Poder Judiciário, com iguais garantias, se a decisão no processo administrativo lhe for desfavorável. Pode, também, se assim desejar, optar de imediato pela via judicial. O que não pode, por vedação expressa do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, é litigar ao mesmo tempo em ambas as vias.

De fato, seria um contra-senso permitir-se os dois procedimentos paralelamente quando se sabe que somente a decisão do Poder Judiciário deverá prevalecer, por força do que dispõe o artigo 5º, item XXXV da Carta Magna.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

Concluo, assim, pela impossibilidade deste Conselho conhecer do Recurso em relação à formalização da exigência especificamente em relação ao tributo.

É preciso deixar assentado, todavia, que a discussão da matéria no âmbito do Poder Judiciário não impedia a lavratura do Auto de Infração, mas, ao contrário, esse procedimento é vinculado e obrigatório e faz-se necessário para salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial.

Dito isso, cumpre examinar a possibilidade de exigência, no caso, da multa de ofício.

O cerne da questão é saber se o crédito tributário objeto de lançamento estava suspenso em razão da ação em mandado de segurança. Sustenta a Autoridade Lançadora, no que teve a concordância da Autoridade Julgadora de Primeira Instância, que o mandado de segurança impetrado em 1986, na vigência da Constituição anterior, não suspende a exigibilidade do crédito tributário a partir do ano-calendário de 1995, uma vez que a Constituição de 1988 distingue previdência social e assistência social.

Com a devida vênia, dirijo da decisão recorrida, neste ponto.

Embora a ação proposta tenha se iniciado ainda na vigência da Constituição anterior, é inafastável o fato de que a discussão sobre a imunidade, ou não, das entidades fechadas de previdência privada persistiu na vigência da nova Constituição, tendo sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em 2002, conforme Acórdão cuja ementa a decisão recorrida transcreve.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

Examinando o voto condutor do Acórdão que deu provimento à apelação do Recorrente na ação em apreço, fica claro que a questão foi analisada também à luz da nova Constituição. Respondendo à pergunta por ela mesma formulada se as entidades fechadas de previdência privada são entidades de assistência social e se poderiam os §§ 1º e 2º do art. 6º Decreto-lei nº 2.065/83 criar limitações à imunidade das entidades de assistência social, assim responde a Sra. Juiz Diva Malebi, relatora do processo:

"Acompanhando o entendimento do plenário, onde votei pela referida inconstitucionalidade, a resposta à primeira questão somente pode ser no sentido de que as entidades fechadas de previdência privada são abrangidas pelo conceito de entidade de assistência social (art. 19, inciso III, "c", da Constituição Federal de 1967/1969 e artigo 150, inciso III, letra "c", da Constituição Federal de 1988) e de que os §§ 1º e 2º do artigo 6º do Decreto-lei nº 2.065/83 são inconstitucionais por pretenderem criar limitações à imunidade tributária."

Note-se, portanto, que, sem entrar do mérito das conclusões acima, parece claro que, ao conceder a segurança o Tribunal Regional Federal da 3ª Região examinou a matéria também à luz da nova Constituição.

Entendo, assim, que a segurança concedida tem eficácia sobre os períodos posteriores à vigência da Constituição de 1988.

Convém recordar, neste ponto, que o mandado de segurança em questão tinha por objeto permitir o recebimento dos rendimentos de aplicações financeiras sem a retenção do imposto de renda na fonte, nos termos da petição inicial, e que o lançamento decorreu exatamente do fato de que tal retenção efetivamente não se realizou, em função da decisão judicial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

Ora, se é assim, não se pode afirmar que o contribuinte cometeu a infração caracterizada pela falta de recolhimento de imposto a que estava obrigado. Por essa razão, concordando integralmente com o Acórdão nº 104-17616, desta Quarta Câmara, entendo incabível a exigência da multa de ofício.

A matéria, inclusive, veio a receber regramento expresso na legislação, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, a saber:

"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 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."

O mesmo não se pode afirmar em relação aos juros de mora uma vez que não consta dos autos qualquer evidência de que tenha sido feito depósito do montante integral do débito.

Nesse ponto, cumpre examinar as alegações da Recorrente contra a incidência da taxa Selic como base para o cálculo dos juros de mora.

O fundamento legal da exigência dos juros de mora, conforme explicitado no Auto de Infração, é o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, 1996, que transcrevo abaixo:

Lei nº 9.065, de 1995:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

"Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente."

Lei nº 9.430, de 1996:

"Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. "

Ao contrário do que alega a recorrente, portanto, a exigência dos juros Selic está expressamente prevista em normas validamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro e em relação às quais não consta declaração definitiva de inconstitucionalidade pelos Tribunais Superiores.

Por outro lado, este Conselho não se ocupa do exame da eventual inconstitucionalidade de normas legais. Isto porque os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001964/00-32
Acórdão nº. : 104-20.314

Ante todo o exposto, VOTO no sentido de não conhecer do recurso em relação à matéria submetida ao crivo judicial e, no mérito, dar provimento parcial para afastar a exigência da multa de ofício.

Sala das Sessões (DF), em 11 de novembro de 2004


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA