



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

Processo n° 19740.000176/2005-49
Recurso n° 155.724 Voluntário
Matéria IRF
Acórdão n° 104-23.363
Sessão de 06 de agosto de 2008
Recorrente CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI
Recorrida 5ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Ano-calendário: 2000, 2001

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.

CONCOMITÂNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - NORMA PROCESSUAL - NÃO CONHECIMENTO - A opção pela via judicial implica a impossibilidade de discutir o mesmo mérito na instância administrativa, seja antes ou após o lançamento, posto que, no sistema jurídico pátrio, somente ao Poder Judiciário é outorgada a competência 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 do lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário.

OPERAÇÕES DE MÚTUA - MUTUÁRIO PESSOA FÍSICA - RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO NA FONTE - O responsável pela retenção do Imposto de Renda na Fonte sobre os rendimentos de operações de mútuo de recursos financeiros é a pessoa jurídica mutuante, quando o mutuário for pessoa física.

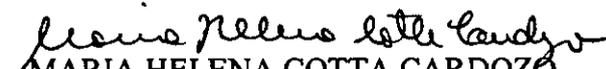
INCONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS MORATÓRIOS - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Recurso não conhecido na parte submetida ao Poder Judiciário.
Recurso negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso na parte submetida ao Poder Judiciário e, na parte conhecida, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
Presidente


NÉLSON MALLMANN
Relator

FORMALIZADO EM: 19 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros HELOÍSA GUARITA SOUZA, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO (Suplente convocado), ANTONIO LOPO MARTINEZ, PEDRO ANAN JÚNIOR e GUSTAVO LIAN HADDAD. Ausente justificadamente a Conselheira RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA.

Relatório

CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, entidade fechada de previdência privada, instituída sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos, contribuinte inscrita no CNPJ sob o nº 33.754.482/0001-24, com domicílio fiscal na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, nº 501 - 4º andar, jurisdicionado a DEINF no Rio de Janeiro - RJ, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 179/186, prolatada pela Quinta Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma nos termos da petição de fls. 212/235.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado, em 30/05/05, Auto de Infração de Imposto de Renda Retido na Fonte (fls. 107/128), com ciência pessoal, em 31/05/05, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 82.844.529,10 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Retido na Fonte, acrescidos, somente, dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto de renda, relativo aos anos-calendário de 2000 e 2001. Sendo que o crédito tributário lançado está com a exigibilidade suspensa por força de acórdão proferido pelo Tribunal da 2ª Região referente ao Mandado de Segurança nº 99.0012354-9, da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro (art. 151, incisos II e IV do CTN).

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de Imposto de Renda, onde a autoridade lançadora entendeu haver falta de recolhimento do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos de operações de mútuo entre a pessoa jurídica e pessoas físicas, derivados de empréstimos e financiamentos imobiliários: Infração capitulada no artigo 65, § 4º, "c", da Lei nº 8.981, de 1995; artigo 5º da Lei nº 9.779, de 1999 e artigos 729, 730, 731 e 770 do RIR/99.

A Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, responsável pela constituição do crédito tributário, esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal de fls. 81/86, entre outros, os seguintes aspectos:

- que a ação fiscal originária de processo administrativo nº 10768.013650/99-65, de acompanhamento do Mandado de Segurança nº 99.0012354-9, tem o objetivo de garantir o direito da Fazenda Pública. Teve início com Termo de Intimação recebido pelo contribuinte em 04/02/2005;

- que o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança nº 99.0012354-9, com trâmite na 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, com pedido de concessão de medida liminar, a fim de não se sujeitar ao recolhimento do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos de operações de mútuo com seus participantes. Alega que a Instrução Normativa nº 07, da secretaria da Receita Federal, de 1999, que especifica o auferimento de rendimento em operações de mútuo entre pessoa jurídica e pessoa física como fato gerador do imposto, viola o princípio da legalidade;

- que, em sentença a autoridade de 1ª instância denegou a segurança, revogando, expressamente, a liminar anteriormente concedida. Contra a referida sentença, o interessado

apresentou Recurso de Apelação, que foi recebido no efeito devolutivo. O interessado impetrou então Agravo de Instrumento pleiteando efeito suspensivo do Recurso de Apelação, até o julgamento do mérito da apelação;

- que em 24 de julho de 2003, a Quarta Turma do Tribunal Federal da 2ª Região decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do relator, atribuindo o efeito suspensivo requerido. Dessa decisão, em Agravo de Instrumento, que atribuiu efeito suspensivo ao Recurso de Apelação, a União interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, ainda não julgado. Posteriormente, em 12 de novembro de 2003, foi proferido acórdão no Recurso de Apelação, dando provimento ao mesmo, reformando a sentença. A essa decisão a União opôs Embargos de Declaração, negados em acórdão proferido em 23 de fevereiro de 2005, e apresentou Recurso Especial em 03 de maio de 2005, pendente de apreciação;

- que assim, hoje a exigibilidade do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos em operações de mútuo entre a fundação e seus associados encontra-se suspensa por força do acórdão proferido no Recurso de Apelação nº 1999.02.01.055308-6;

- que em 04 de fevereiro de 2005 a Fundação foi intimada a apresentar demonstrativo informando os rendimentos obtidos nas operações de mútuo realizadas entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de agosto de 2001, sujeitas à incidência do IRF. Foi ainda intimada a apresentar cópia do razão contábil das contas envolvidas no provisionamento da contingência fiscal relativa ao questionamento judicial;

- que em resposta, o contribuinte encaminhou cópia das folhas do razão solicitadas, pedido concessão de prazo maior para entrega dos demonstrativos. Posteriormente então, encaminhou arquivos magnéticos contendo os demonstrativos referentes ao período indicado;

- que tais demonstrativos são planilhas indicando de forma analítica, ordenada por contrato, e de forma consolidada, ordenada por fato gerador, os valores recebidos de prestações mensais e de liquidações efetuadas de empréstimos simples e de financiamentos imobiliários celebrados com os associados;

- que as folhas do razão contábil das contas envolvidas no provisionamento da contingência fiscal relativa ao questionamento judicial, acima citadas, demonstram que os valores de IR provisionados aproximam-se dos aqui calculados, no que se refere aos financiamentos imobiliários, e são inferiores aos por nós calculados, nos empréstimos simples, indicando que todas as operações nos foram apresentadas;

- que em decorrência do exposto, com a finalidade de resguardar o direito da Fazenda Pública, efetuamos de ofício o lançamento do IRF sobre os rendimentos obtidos nas operações de mútuo realizadas com associados da Fundação, relativamente ao período compreendido entre 01 de janeiro de 2000 e 31 de agosto de 2001, com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Irresignada com o lançamento, a autuada, apresenta tempestivamente, em 30/06/05, a sua peça impugnatória de fls. 150/162, instruído pelos documentos de fls. 163/165, solicitando que seja acolhida à impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a impugnante é entidade fechada de previdência complementar constituída sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos, tendo como seus associados os funcionários e ex-funcionários do Banco do Brasil S.A., cujo objetivo é administrar planos de benefícios previdenciários;

- que nos termos de Verificação Fiscal e Auto de Infração epigrafado, foi indevidamente formulada exigência de crédito tributário, relativo a imposto de renda na fonte, supostamente incidentes sobre rendimentos obtidos nas operações de mútuo realizadas com seus associados, restando suspensa sua exigibilidade por força do acórdão proferido pelo Tribunal regional Federal da 2ª Região referente ao Mandado de Segurança nº 99.0012354-9, da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro;

- que a impugnante, que atua no segmento de seguridade social e previdência complementar e mantém sua escrituração contábil de acordo com o plano de contas determinado pelo Ministério da previdência e Assistência Social, divulgado pela Portaria da Secretaria da Previdência Complementar - SPC nº 176, de 1996, foi surpreendida pela lavratura do Auto de Infração impugnado, o qual se prestou ao lançamento de constituição de crédito tributário de imposto de Renda Retido na Fonte, relativo ao período de maio de 2000 a agosto de 2001;

- que inicialmente, mister consignar que as Leis nºs 8.981, de 1995 e 8.779, de 1999, em momento algum fazem qualquer previsão de incidência de IRRF sobre rendimentos auferidos em operações de mútuo;

- que o princípio da legalidade ecoa no direito público como uma verdadeira couraça para o agente público, que tem na lei o fundamento para a sua atuação. Assim, Portarias, Resoluções, Ordens de Serviço e Instruções Normativas, terão que seguir as imposições legais, não podendo ditar regras de ação positiva ou negativa;

- que § 1º da Instrução Normativa nº 007/99, expedida pelo Secretário da Receita Federal, violando frontalmente o princípio da legalidade, inovou a materialidade da hipótese de incidência do Imposto de Renda na Fonte, ao determinar que os rendimentos de operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física estariam sujeitos ao imposto;

- que não se pode conceber tamanha ofensa ao princípio basilar da estrita legalidade em matéria tributária, pois a autoridade administrativa é incompetente para fixar e criar através de instrumento infralegal nova hipótese de incidência tributária, como se verifica no presente caso;

- que corroborando a ilegalidade do ato praticado pelo Secretário da Receita Federal, o TRF da 2ª Região, proferiu decisão nos autos do Agravo de Instrumento nº 1999.02.01.035411-9, por meio da qual restou suspensa a exigibilidade do crédito ora impugnado;

- que assim sendo, é forçoso reconhecer a ilegalidade da cobrança coativa de IRF sobre os rendimentos provenientes das operações de mútuo realizadas com os associados da impugnante, tendo em vista a flagrante violação do princípio da estrita legalidade;

- que por ocasião da realização dos cálculos para fechamento da ação fiscal, aplicou-se os percentuais equivalentes à taxa Selic como forma de computar juros de mora ao débito;

- que mesmo se devidos fossem os juros moratórios, não poderiam ser calculados com base na taxa SELIC, especialmente porque o Código Tributário Nacional, criado por lei complementar, determina que a legislação ordinária só pode estabelecer juros iguais ou inferiores a 1% ao mês. Atualmente, a taxa SELIC supera aludido limite de 1%, o que só poderia acontecer se fosse também previsto em lei complementar.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da Quinta Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, concluíram pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que da análise do presente processo, tendo em vista as alegações de ilegalidade e de ilegitimidade da autuação, argüidas pela interessada cumpre, preliminarmente, verificar se ocorreu nulidade do Auto de Infração, quanto do lançamento de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre rendimentos de operações de mútuo entre a interessada e seus associados;

- que em relação ao Auto de Infração, verifica-se que foi lavrado no sentido de prevenir a decadência, em relação à matéria que está sendo discutida na esfera judicial, desta forma, em relação à autuação, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação, e com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, portanto, portanto, norteados dentro do Princípio da Legalidade, nos termos do art. 142 do CTN;

- que quanto aos argumentos de inconstitucionalidade de atos legais e infralegais, legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional, de plano, cumpre esclarecer que as matérias questionadas pela interessada são reservadas à apreciação do Poder Judiciário, exorbitando, portanto, à competência legal desta Delegacia de Julgamento, órgão administrativo integrante da estrutura hierárquica do Poder Executivo, ao qual não cabe analisar da validade ou razoabilidade daquelas normas, mas, apenas, zelar pela sua aplicação nos processos fiscais sob sua apreciação;

- que a interessada impetrou Mandado de Segurança, com pedido de concessão de medida liminar, a fim de não efetuar recolhimento de Imposto de Renda sobre rendimentos de operações de mutuo com seus participantes, em razão do previsto na Instrução Normativa SRF nº 007, de 1999;

- que diante, portanto, da existência de processo judicial versando sobre o mesmo objeto do lançamento em análise neste item, a apreciação da peça impugnatória no que diz respeito a tal matéria fica prejudicada;

- que nos termos da legislação citada, a propositura, por qualquer que seja a modalidade processual, de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa, por parte do interessado, em renúncia tácita as instâncias administrativas e desistência de eventual recurso interposto, operando-se, por conseguinte, o efeito de constituição definitiva do crédito tributário na esfera administrativa;

- que, assim sendo, devido à existência de processo judicial relativo ao objeto deste item, deixo de apreciar a impugnação no que concerne a esta matéria, restando definitivamente constituído o crédito tributário referente a este item;

- que quanto à exigência de juros de mora, estes se destinam a indenizar a Fazenda Nacional em decorrência da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação tributária, em consonância com o disposto no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

As ementas que consubstanciam a decisão dos Membros da Quinta Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, são as seguintes:

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

Exercício: 2001 e 2002

Ementa: MATÉRIA SUB JUDICE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MÉRITO. ESFERA ADMINISTRATIVA. O fato de a matéria estar sendo discutida na esfera judicial, não impede o fisco de constituir o crédito pelo lançamento, para prevenir a decadência, mas impede a análise de tal matéria, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandatal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, serão acrescidos de juros de mora, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do SELIC para títulos federais.

Lançamento Procedente.”

Certificada da decisão de Primeira Instância, em 30/11/05, conforme Termo constante às fls. 204/210, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (29/12/05), o recurso voluntário de fls. 212/235, instruído pelos documentos de fls. 236/293, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, quanto à inclusão de parcelas não tributáveis na base de cálculo do imposto de renda, tem-se que nas operações de mutuo praticadas pela recorrente, sobre o valor principal incidem diferentes parcelas, nos termos do regulamento da Carteira Imobiliária constante do Anexo 1 à Carta-circular nº 89/17 (PREVI), de 1989, onde nos seus artigos 15 e 16, vê-se claramente que sobre os financiamentos recairão as seguintes rubricas (a) juros de 6% ao ano; (b) fundo de liquidez de 2%; (c) correção e (d) taxa de 1% ao ano, fundo para cobrir financiamentos em caso de morte do devedor. Assim, os fundos tratados nas alíneas “b” e “d” não podem ser tributados pelo imposto de renda, visto que não há disponibilidade para a recorrente, além de servirem como garantia para eventual uso dos próprios mutuários;

- que quanto à correção, flagrantemente indevida sua inclusão na base de cálculo do tributo, uma vez que se presta apenas para a manutenção do valor da moeda, sendo feita pelos índices oficiais de inflação divulgados pelo Governo, conforme disposto claramente no artigo 16 do Regulamento;

- que, quanto à violação à regra da anterioridade para o imposto de renda retido na fonte no exercício de 1999, tem-se que, por outro lado, além de ter inovado o arcabouço jurídico, dispondo de maneira oposta às leis então vigentes, o IRRF não poderia ser exigido com esteio na malsinada Instrução Normativa nº 07, de 1999 no período que antecedeu à sua publicação;

- que, quanto à ilegitimidade da multa imputada, tem-se que a penalidade cominada, que totaliza o exacerbado montante de 75% sobre o valor supostamente devido, não pode prevalecer por configurar o malsinado efeito confiscatório, vedado pela Constituição Federal e repudiado pelos tribunais pátrios.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

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

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 da impossibilidade de sua lavratura.

Ora, as razões do recurso, nesta parte, 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 submetido 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.

Desta forma, o crédito tributário, somente, passa a existir a partir do momento em que se formaliza, na conformidade do art. 142 do Código Tributário Nacional, litteris:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Logo, sem lançamento não há crédito tributário. Deflui daí, como o comando objeto do “caput” do art. 151 do CTN é no sentido de suspender a exigibilidade do crédito

tributário, resulta que a ação do fisco é suspensa após a efetivação do lançamento, que não pode deixar de ser efetuado, por se tratar de atividade administrativa vinculada e obrigatória.

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

Com efeito, como é tradição no Brasil, optou-se por um regime constitucional de separação dos poderes, cabendo precisamente ao Poder Judiciário dirimir os conflitos de interesses de particulares e entre particulares e o Poder Público. Idêntica prerrogativa conferida ao Poder Executivo será sempre subsidiária e subordinada à do Judiciário, pois não se pode cogitar de que o provimento administrativo se sobreponha ao provimento judicial.

Para resguardar este princípio constitucional, reiterado pelo art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80 e no art. 16, § 2º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, a Secretaria da Receita Federal baixou, em boa hora, o Ato Declaratório nº 03, de 14/02/96, determinando que a matéria levada a conhecimento do Judiciário não seja renovada na instância administrativa, bem assim detalhando os procedimentos aplicáveis em tal hipótese.

Com a aplicação da norma complementar, o princípio do contraditório não resultou ferido, porque este já está assegurado na instância judicial, a cujas decisões haverá obrigatoriamente o fisco de se submeter. Tampouco o direito de petição foi obstruído, mas tal direito não está em absoluto subordinado à obrigatoriedade da Administração em examinar o mérito da matéria posta nas petições.

Assim, a medida judicial não exclui a ocorrência do fato gerador e nem a constituição do crédito tributário, mas, sim a exigibilidade do crédito tributário constituído. É lógica tal conclusão que a despeito da decisão judicial, pode ser estabelecida a exigência por tributo não recolhido à data de seu vencimento mediante procedimento de ofício, instaurando procedimento de cobrança pela fiscalização, suspenso em seu seguimento pela medida sustadora da exigibilidade. A medida judicial não tem o condão de inibir a ação fiscalizadora tendente a prevenir a fluência do prazo decadencial, mas, apenas tolher a efetivação da cobrança até decisão definitiva.

Desta forma, quanto à discussão do mérito do processo original, qual seja: falta de recolhimento do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos de operações de mútuo entre a pessoa jurídica e pessoas físicas, derivados de empréstimos e financiamentos imobiliários, cuja infração foi capitulada no artigo 65, § 4º, "c", da Lei nº 8.981, de 1995; artigo 5º da Lei nº 9.779, de 1999 e artigos 729, 730, 731 e 770 do RIR/99, com a devida vênia, não pairam dúvidas, para este relator, que a matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário.

É cristalino, para este relator, que a autuada discute judicialmente a mesma matéria tributária (eficácia da IN SRF nº 07, de 1999) e a Jurisprudência do Conselho de Contribuintes, 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 a decisão 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 submetido de forma definitiva, com efeito de coisa julgada.

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.

Por outro lado, se faz necessário saber se sobre créditos tributários com exigibilidade suspensa, constituídos com objetivo de prevenir a decadência, cabe lançamento de multa de ofício e juros mora, bem como da possibilidade da discussão sobre base de cálculo do imposto questionado e taxa Selic.

Diante da vasta jurisprudência firmada em julgados anteriores, nas Câmaras integrantes do Primeiro Conselho de Contribuintes, não há como discordar do entendimento manifestada pela autuada quando impugnou a matéria em discussão.

Como visto no relatório, o crédito tributário lançado através do Auto de Infração original, está com a exigibilidade suspensa por força de uma concessão de medida liminar em mandado de segurança, conforme o previsto no artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, sendo que o lançamento foi efetuado com fins de prevenir a decadência por parte da Fazenda Nacional em constituir o crédito tributário.

Sendo a autuação posterior à demanda judicial, entendo que nada obsta que se conheça da impugnação ou do recurso quanto à legalidade no lançamento em si, que não o mérito litigado no Judiciário. Ou seja, é possível a discussão sobre a base de cálculo do imposto, multa, juros de mora, taxa Selic, etc.

A discussão de mérito, que esta a cargo do poder judiciário, é sobre a tributação na fonte sobre rendimentos de operações de mútuo entre a pessoa jurídica e pessoas físicas, derivados de empréstimos e financiamentos imobiliários, que, de acordo com a fiscalização, é considerado tributado na fonte, principalmente em função da IN SRF n° 07, de 1999. Situação que a contribuinte questiona no judiciário.

Por outro lado, questiona a base de cálculo utilizado pela fiscalização para lavrar o Auto de Infração. Entende que nas operações de mutuo praticadas pela recorrente, sobre o valor principal incidem diferentes parcelas, nos termos do regulamento da Carteira Imobiliária constante do Anexo 1 à Carta-circular n° 89/17 (PREVI), de 1989, onde nos seus artigos 15 e 16, vê-se claramente que sobre os financiamentos recairão as seguintes rubricas (a) juros de 6% ao ano; (b) fundo de liquidez de 2%; (c) correção e (d) taxa de 1% ao ano, fundo para cobrir financiamentos em caso de morte do devedor. Assim, os fundos tratados nas alíneas "b" e "d" não podem ser tributados pelo imposto de renda, visto que não há disponibilidade para a recorrente, além de servirem como garantia para eventual uso dos próprios mutuários.

Entende, ainda que no que se refere à correção, esta é flagrantemente indevida sua inclusão na base de cálculo do tributo, uma vez que se presta apenas para a manutenção do valor da moeda, sendo feita pelos índices oficiais de inflação divulgados pelo Governo.

Diz a Instrução Normativa SRF n° 007, de 3 de fevereiro de 1999 DOU de 05/02/1999, pág. 7:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto na alínea “c” do § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e no art. 5º da Lei nº 9.779, de janeiro de 1999, resolve:

Art. 1º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura, hedge, realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos rendimentos de operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

§ 2º No caso de mútuo entre pessoas jurídicas, a incidência do imposto ocorre inclusive quando a operação for realizada entre empresas:

a) controladoras e controladas; b) coligadas; c) interligadas.

§ 3º Na hipótese do § 1º, responsável pela retenção e recolhimento do imposto é a pessoa jurídica:

a) mutuante, quando o mutuário for pessoa física; b) mutuaría, nos demais casos.

§ 4º Aplica-se aos rendimentos de que trata o § 1º o mesmo regime tributário conferido aos demais rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa.”

Ora, do texto legal, só posso concluir que a razão está com a autoridade lançadora, já que a base de cálculo para o imposto de fonte incidente sobre operações de mútuo é o rendimento auferido, calculado na forma dos demais rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa. Desta forma, a base de cálculo para o imposto na fonte é o rendimento auferido pela mutuante, incluindo-se aí a correção monetária.

Faz-se necessário, ainda, avaliarmos a legalidade da aplicação da multa de ofício e a cobrança de juros de mora, tendo em vista que, no caso, está, na forma prevista no art. 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, suspenso o crédito tributário, aqui discutido (concessão de medida liminar em mandado de segurança).

Quanto à discussão sobre a aplicação da multa de lançamento de ofício, é de se observar que no presente caso não houve aplicação da referida multa, conforme se constata, de forma cristalina, no Auto de Infração (fls. 123/128), assim sendo, se torna irrelevante a discussão sobre o caso.

Quanto aos juros de mora, com a devida vênia dos que pensam ao contrário, entendo que, somente, o depósito judicial, desde que efetuado dentro do prazo legal previsto na legislação, suspende a exigibilidade do crédito tributário até o montante do valor efetivamente depositado, não podendo, nestes casos, ser exigido sobre esse valor juros de mora e multa de ofício. É de esclarecer ainda, que entendo que a inteligência da norma do artigo 151, II do CTN, quando se refere ao depósito do montante integral do valor correspondente ao crédito tributário, formalmente apurado, é aquele valor que o contribuinte entende ser o devido, acrescido dos encargos legais.

Assim, efetuado o depósito do montante integral do crédito tributário discutido (tributo ou contribuição acrescido da multa de mora mais os juros de mora), efetuado nos prazos previstos na legislação tributária, este, além de suspender a exigibilidade do crédito, resguarda integralmente a impetrante, pois, conforme preceitua o art. 156, VI, do Código Tributário Nacional, a conversão do depósito em renda é uma das formas de extinção do crédito tributário. Neste sentido, não obtendo êxito em sua tese, a conversão em renda extingue o valor principal, portanto, não lhe deve ser imputada multa de ofício e juros de mora, ou melhor, não há que se falar em encargos legais.

Entretanto, existem outras situações, quais sejam: concessão de medida liminar em mandado de segurança sem depósito do montante do crédito tributário discutido, concessão de medida liminar em mandado de segurança com depósito parcial do montante do crédito tributário discutido, concessão de segurança com apelação por parte da União, interposição de ação judicial em andamento, sem concessão de medida liminar ou sentença (débitos sem suspensão de exigibilidade).

Sobre o assunto dispõe a Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, o seguinte:

Débitos com Exigibilidade Suspensa:

"Art. 63 Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativos a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151, da Lei n° 5.171, de 25 de outubro de 1966.

§ 1° 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.

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

Disso tudo, é de se concluir que é indevida a multa de lançamento de ofício quando o contribuinte esteja albergado por decisão judicial que suspenda a exigibilidade dos tributos. Como é indevida a exigência da multa de ofício e juros de mora quando houver a suspensão da exigibilidade em razão de depósito judicial efetuado antes da lavratura do auto de infração. Isto porque o depósito judicial do montante em discussão equivale ao pagamento da exação em Juízo e impede o vencimento de novos acréscimos moratórios.

Por fim, cabe observar que não é o caso da suplicante, já que não houve o lançamento da multa de ofício quando da constituição do crédito tributário, bem como a suplicante não efetuou o depósito judicial do valor discutido, razão pela qual cabe a cobrança dos juros de mora.

Da mesma forma, não procede à argumentação sobre os juros de mora decorrente da aplicação da taxa SELIC e inconstitucionalidade de normas que regem tributações (IN SRF n° 07, de 1999).

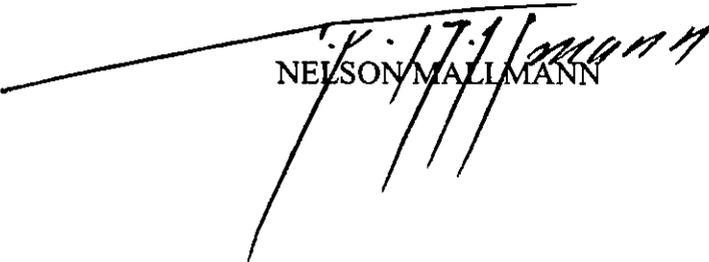
A contribuinte em diversos momentos de sua petição resiste à pretensão fiscal, argüindo inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei, entretanto, não vejo como se poderia acolher algum argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n.º 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC), bem como da IN SRF nº 07, de 1999 (em discussão no Poder Judiciário).

Matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Para o caso dos autos (inconstitucionalidade de normas e Taxa Selic) aplicam-se as Súmulas: “O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2)” e “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).”.

Nessa ordem de juízos, deixo de apreciar, porque administrativamente inócuo, os fundamentos da exigibilidade do tributo, visto que submetidos à manifestação do poder jurisdicional (opção pela via judicial). CONHECER do recurso na parte não questionada junto ao Poder Judiciário (base de cálculo do imposto, multa de ofício, juros de mora e taxa Selic) para NEGAR-LHE provimento ao recurso. Devendo a autoridade executora do acórdão aguardar a decisão judicial final para tomar as providências cabíveis, ou seja, o presente processo administrativo deverá ficar suspenso até a decisão final, transitada em julgado, no âmbito do judiciário.

Sala das Sessões - DF, em 06 de agosto de 2008


NELSON MALLMANN