



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Processo nº 35301.009870/2005-57  
Recurso nº 142.625 Voluntário  
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento  
Acórdão nº 205-01.387  
Sessão de 02 de dezembro de 2008  
Recorrente VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE  
Recorrida DRP RIO DE JANEIRO-CENTRO/RJ

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

**PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/12/2004 a 31/12/2004**

Ementa:

**AÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.**

A suspensão da exigibilidade do crédito (artigo 151 do CTN) não impede o Fisco de proceder ao lançamento, eis que esta é atividade vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN) e visa impedir a ocorrência da decadência.

**AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA.**

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo, conforme art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/91, combinado com o art. 307 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria diferenciada, se na impugnação houver matéria distinta da constante do processo judicial.


**MULTA DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.**

Aplicam-se às contribuições previdenciárias o disposto no artigo 63, §2º da Lei nº 9.430/96, quanto à interrupção da multa de mora.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir a multa de mora durante o período de vigência da antecipação de tutela. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Marco André Ramos Vieira que negava provimento ao recurso. Ausência justificada do Conselheiro Marcelo Oliveira.

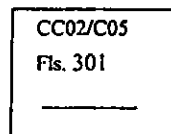
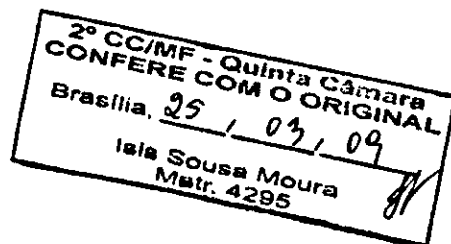
  
JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente

  
LIEGE LACROIX THOMASI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Edgar Silva Vidal (Suplente)



## Relatório

Trata a notificação de contribuições previdenciárias patronais devidas e incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, na competência 12/2004, incluindo o décimo terceiro salário.

O relatório fiscal de fls. 102/105, diz que os valores não foram recolhidos por estar o contribuinte efetuando compensação do Fundo Aeroviário, referente à Ação Ordinária n.º 99.0009651-7, 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Aduz que os valores lançados na NFLD estão com sua exigibilidade suspensa devido à decisão judicial, ficando sobrestada a cobrança até o trânsito em julgado da demanda.

Após impugnação, decisão-notificação julgou o crédito procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso tempestivo onde alega, em síntese:

- a) a tempestividade do recurso;
- b) que os valores glosados na NFLD permanecem com a exigibilidade suspensa por força da decisão judicial vigente e eficaz;
- c) a nulidade do lançamento, pois crédito foi cobrado com juros e multa, quando não cabiam, em razão da ação judicial;
- d) discorre sobre o mérito da notificação, dizendo que a contribuição para o Fundo Aeroviário não foi recepcionada pela Constituição Federal; que possui a mesma destinação da contribuição previdenciária, o financiamento da seguridade social; a CF impede a bi-tributação; a contribuição para o Fundo Aeroviário deixou de ser exigível com a nova Constituição, nos termos do art. 34 do ADCT e o art. 36, extinguiu os fundos existentes e não ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos, sendo que o Fundo Aeroviário deixou de existir a partir de 05 de outubro de 1990.

Requer a reforma da decisão recorrida, com a conseqüente anulação do débito lançado na NFLD. Alternativamente, que seja expurgada a multa moratória que lhe foi indevidamente imposta.

Os autos foram julgados pela 02ª CaJ e o Acórdão de fls. 202/205, converteu o julgamento em diligência para que a Procuradoria Federal Especializada trouxesse os seguintes esclarecimentos:

- certidão cartorária e objeto e pé da Ação Ordinária n.º 99.0009651-7,
- cópia da sentença da Ação Ordinária,
- efeito em que recebida a Apelação no TRF da 2ª Região,

A

-prova de não vigorar qualquer medida judicial suspensiva de exigibilidade do crédito tributário na data da lavratura da NFLD , em 06/07/2005.

Às fls. 287/288, a Procuradoria Geral Federal se manifesta e anexa às fls. 211/286, os documentos solicitados na diligência, informando que o recurso de apelação foi recebido no duplo efeito; que na forma da certidão de objeto e pé , o recurso de apelação n.º 1999.51.01.009651, está aguardando inclusão em pauta de julgamento e em 06/07/2005 havia decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade do crédito, vez que a sentença de improcedência foi publicada em 10/01/2002 e o efeito suspensivo do agravo foi deferido em 30/10/2002, quando se tornou inexigível a contribuição ao Fundo Aeroviário e compensável o que foi recolhido a título da referida contribuição.

Os autos retornaram à 2ª CaJ, que novamente os converteu em diligência para que fosse dada ciência ao contribuinte das informações e documentos acostados pela Procuradoria, com abertura de prazo para manifestação.

Cientificada a recorrente e esgotado o prazo sem manifestação, retornaram os autos a segunda instância administrativa.

É o relatório.

## Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

O presente lançamento refere-se à compensação realizada pela recorrente relativa às contribuições para o Fundo Aeroviário que estão sendo discutidas judicialmente através da Ação Ordinária n.º 99.0009651-7, que tramita na 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e que foram levantadas com o objetivo de prevenir a decadência. Somente nos casos previstos no artigo 151 do Código Tributário Nacional é se suspende a exigibilidade do crédito tributário, situações as quais não se enquadra a recorrente:

*Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

*I - moratória;*

*II - o depósito do seu montante integral;*

*III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*

*IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.*

*V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

*VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

O Princípio da Tutela Jurisdicional Absoluta, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, veda que sejam afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

*A*

ameaça a direito. Quem se sentir ameaçado ou violado em seus direitos pode recorrer ao judiciário e este não pode eximir-se da apreciação e solução da matéria. Sobrepondo-se suas decisões às soluções na esfera administrativa sobre a mesma matéria, seria inócuo um julgamento por este colegiado que, após a decisão judicial, observaria o afastamento da solução proposta.

Nesse sentido, ocorrerá renúncia ao contencioso quando a ação judicial tiver por objeto "idêntico pedido" sobre o qual versa o processo administrativo, em inteligência ao art. 126, §3º, da Lei n° 8.213/91 combinado com o art. 307 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

*Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 1997).*

(...)

*§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. (Incluído pela Lei n° 9.711, de 20.11.98).*

Considera-se "idêntico pedido" a coincidência incontestável da pretensão, de forma que as soluções judicial e administrativa possam ser diametralmente opostas, afastando-se, conseqüentemente, a segunda. Desta forma, faz-se necessário analisarem lançamento e petição inicial para se verificar a aptidão da decisão judicial para solução dos fatos geradores levantados pela fiscalização. Quanto aos demais o processo administrativo deve prosseguir normalmente.

É oportuno esclarecer, entretanto, que não há que se confundir "suspensão da exigibilidade do crédito tributário" com a impossibilidade de lançamento. A "suspensão" refere-se tão somente a exigibilidade do crédito previdenciário por via de execução, ou seja, do adimplemento forçado em juízo, impedindo que sejam praticados, contra o sujeito passivo, atos de natureza coercitiva, ainda que esgotada a fase administrativa.

Assim, ao contrário do que pretende a recorrente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não afeta a legitimidade do lançamento que lhe constituiu. Em regra, quando o contribuinte ajuíza ação para afastar a cobrança de determinada contribuição, não fica a Fazenda Pública impedida de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do art. 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentido, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em acórdão da lavra da Segunda Turma, cuja ementa é ora transcrita:

*"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS. 151, I E III E 173 – PRECEDENTES. A concessão da segurança requerida*

*✱*

*suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido."(STJ - Segunda Turma - RESP 75075 - Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 14.04.2003, p.206)."*

Cabe assinalar que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei, e, em razão disso, eventual demora na solução do processo judicial poderia acarretar a perda do direito de constituir o crédito pelo lançamento, caso a recorrente fosse vencida no pleito judicial.

Assim, verifico que a fiscalização agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, eis que o lançamento é ato vinculado e obrigatório, procedendo corretamente ao lançar o crédito previdenciário, o qual ficará com sua exigibilidade suspensa até o final da demanda judicial ou até decisão judicial que lhe possibilite a cobrança.

Compulsando os autos, procedendo-se como acima, constata-se que o pedido de declaração de inexistência da relação jurídico-tributária entre as partes, no que concerne à exigência das contribuições para o Fundo Aeroviário, constitui objeto tanto do pedido administrativo quanto do judicial; importando, portanto, em renúncia ao contencioso administrativo. Entretanto, ainda há matéria distinta da discutida em juízo, tendo o sujeito passivo direito ao contencioso administrativo para que seja apreciada a matéria diferenciada. A existência de ação judicial não deve prejudicar, *ipso facto*, o controle da legalidade dos atos administrativos, dentre os quais figura como espécie o lançamento tributário

No presente caso, o mérito do lançamento refere-se à compensação efetuada com base em não serem devidas as contribuições para o Fundo Aeroviário, objeto da ação judicial e considerando que a renúncia caracteriza perda do objeto, não conheço da matéria questionada em juízo.

Todavia, deve ser analisada a questão argüida relativa à multa moratória.

De acordo com os elementos constantes dos autos, no caso sob exame, a recorrente está amparada por decisão proferida em 30/10/2002, no Agravo de Instrumento interposto pela mesma, sendo que o recurso de apelação restou recebido no duplo efeito, autorizando o contribuinte a deixar de recolher as contribuições devidas ao Fundo Aeroviário, bem como promover a compensação com as contribuições previdenciárias. Atualmente, o recurso de apelação está aguardando inclusão em pauta de julgamento.

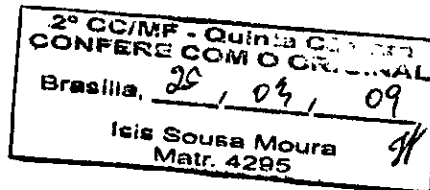
O crédito foi constituído para evitar a decadência.

Assim, quanto à multa de mora, deve-se aplicar o disposto no artigo 63, §2º da Lei nº 9.430/96 e no artigo 491 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03, de 14/07/2005, para a exclusão da mesma pois quando do lançamento havia decisão suspendendo a exigibilidade do crédito lançado, *verbis*:

*LEI Nº 9.430, de 27/12/96.*

*Débitos com Exigibilidade Suspensa*

*J*



*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 n° 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.*

*§ 2º 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.*

*Art. 491. (...)*

*Parágrafo único. 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, conforme previsto no § 2º do art. 63 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela IN MPS/SRP n° 20, de 11/01/2007)*

No âmbito das contribuições previdenciárias, a sistemática adotada para a aplicação da multa de mora está disciplinada no artigo 35 da Lei n° 8.212, de 24/07/91, que fixa percentuais progressivos, considerando o tempo em atraso para o pagamento e a fase do contencioso administrativo fiscal em que realizado: prazo de defesa, após o prazo para a defesa e antes do recurso, após recurso e antes de 15 dias da ciência da decisão e após esse prazo, *verbis*:

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:*

*I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:*

*a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;*

*b) quatorze por cento, no mês seguinte;*

*c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;*

*II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:*

*a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;*

*b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;*

*c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da*

*ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;*

*d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;*

Não se pode negar que a multa de mora seja uma penalidade pelo atraso no cumprimento de uma obrigação pecuniária, como é o caso da tributária. Durante o período em que estava favorecido com a medida liminar, o sujeito passivo não estava em mora. Entendeu por bem o legislador afastar a regra geral através da qual atribui-se efeitos retroativos, *ex tunc*, à decisão que posteriormente revoga a medida liminar. A mora é o comportamento do devedor em face do credor no sentido de retardar a prestação pecuniária. Comportamento este que não lhe poderia ser imputado quando prevalece a decisão judicial reconhecendo o tributo indevido.

Considera-se, ainda, que mesmo já existindo a regra expressa na lei, cuidou o órgão fiscalizador, Secretaria da Receita Previdenciária, trazê-la para uma instrução normativa, orientando seus agentes que a cumpram.

Cabe ainda esclarecer que este entendimento somente tem sentido na sistemática das contribuições previdenciárias, onde não se aplica a multa de ofício, mas tão somente a moratória. Constata-se nos artigos 44 e 63 *caput* da Lei nº 9.430, de 27/12/96 que multa de mora e multa de ofício são excludentes entre si. Ou o pagamento é espontâneo, daí com a multa de mora, ou é de ofício, substituindo-se a primeira.

*Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006)*

*I- de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303, de 2006)*

...

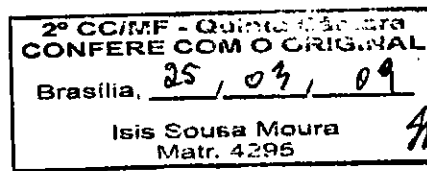
*§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas: (Vide Mpv nº 303, de 2006)*

...

*II -isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;*

Para os demais tributos federais, em não havendo pagamento durante os 30 dias seguintes à decisão judicial desfavorável, a multa de ofício é devida porque lhe foi oferecida legalmente a recuperação da espontaneidade e preferiu o sujeito passivo manter-se inadimplente, não em razão do período anterior, em que prevalecia a medida liminar lhe favorável.

*Isis*



Como a multa de ofício não é graduada em função do decurso do tempo, como no caso das contribuições previdenciárias, este entendimento, desposado em inúmeros acórdãos dos Conselhos de Contribuintes, se não reforça o que aqui se defende, ao menos não o contraria:

*Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei n° 10.892, de 2004) (Vide Mpv n° 303, de 2006)*

*I- de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei n° 10.892, de 2004) (Vide Mpv n° 303, de 2006)*

*II- cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei n° 10.892, de 2004) (Vide Mpv n° 303, de 2006).*

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para excluir do crédito a multa moratória, nas razões ofertadas acima.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008

  
LIEGE LACROIX THOMASI