

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10805.002277/2004-05
Recurso nº 240.793 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.238 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria Auto de Infração de juros e de multa (CPMF)
Recorrente LABORTEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 07/07/1999 a 24/11/1999

AUTO DE INFRAÇÃO. TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, é inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários dos tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação é a do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da data do fato gerador.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 07/07/1999 a 29/12/2003

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA.

Não é nulo o auto de infração que atende a todos os pressupostos legais na sua formalização.

AUTO DE INFRAÇÃO. JUROS DE MORA. AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. No caso, a matéria levada ao Poder Judiciário é mesma objeto do presente lançamento, ou seja, se refere à suspensão da exigibilidade dos juros de mora incidentes sobre a CPMF não recolhida durante o período em que, em ação própria, fora concedida a liminar suspendendo o seu recolhimento.

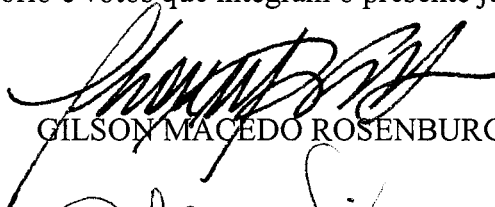
AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS. SÚMULA Nº 2.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

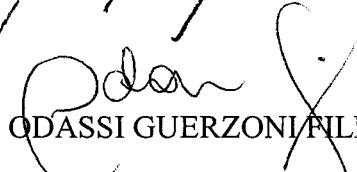
Recurso Voluntário Não Conhecido em Parte e na Parte Conhecida, Provido Parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

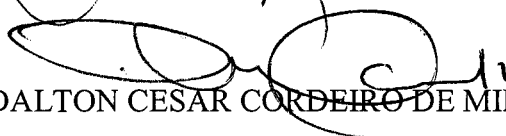
Acordam os membros do colegiado, em dar provimento parcial ao recurso nos seguintes termos: a) por maioria de votos, em reconhecer a decadência dos lançamentos relativos aos períodos de apuração anteriores a 30 de novembro de 1999, nos termos do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional. Vencido o Conselheiro Odassi Guerzoni Filho (relator), que aplicava a regra do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, pela inexistência de pagamentos. Designado o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda para elaborar o voto vencedor; e b) por unanimidade de votos em afastar a prejudicial de nulidade e não conhecer do recurso quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO - Presidente



ODASSI GUERZONI FILHO – Relator



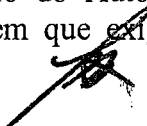
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA –Redator designado

EDITADO EM 06/10/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

Relatório

O Recurso Voluntário se insurge contra os termos do Acórdão nº 05-16.653, de 12 de março de 2007, proferido pela 3ª Turma da DRJ em Campinas/SP, que manteve integralmente o lançamento consubstanciado pelo Auto de Infração cientificado ao sujeito passivo em 30/11/2004, relativo à multa de ofício e aos juros de mora incidentes sobre a CPMF dos períodos de apuração de 07/07/1999 a 29/12/2003, cujo crédito tributário montou a R\$ 648.148,70. De acordo com o autor do procedimento, este lançamento fora apartado daquele consubstanciado por meio do Auto de Infração constante do Processo Administrativo nº 10805.002276/2004-52, em que exigira apenas o valor do principal da CPMF do período



acima. É que, neste processo, que trata apenas da multa de ofício de 75% e dos juros de mora incidentes sobre a CPMF do mesmo período, o crédito tributário foi constituído com a sua **exigibilidade suspensa** em face da existência de uma medida liminar obtida pela autuada no sentido de que não se lhe fossem exigidas tais rubrica durante o período em que vigorara outra medida liminar, desta feita relacionada à exigência da própria contribuição.

Na Impugnação, a autuada, preliminarmente, arguiu a nulidade do lançamento por entender ter havido ofensa ao disposto no artigo 62 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972¹, e ao artigo 63, § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996², já que à época da lavratura do auto de infração ainda estava em vigor a medida liminar que determinara à administração não exigir a multa de ofício e os juros de mora incidentes sobre a CPMF durante o período em que vigorara a liminar obtida em outra ação judicial no sentido de impedir a incidência da CPMF. Quanto ao mérito propriamente dito, alegou que o percentual da multa de ofício aplicado, da ordem de 75%, caracterizaria verdadeiro confisco, portanto, malferindo dispositivos constitucionais.

A instância de piso afastou as prejudiciais de nulidade por entender não estarem presentes nenhuma das causas elencadas pelo artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972³, pois o lançamento foi realizado com a sua exigibilidade suspensa e que a multa de ofício se fez incidir sobre matéria que não mais estava ao abrigo de decisão judicial, não havendo, portanto, qualquer infringência ao disposto nos artigos 62 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e ao 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Ademais disso, vislumbrou a ocorrência da concomitância entre o que a autuada pôs sob exame perante o Poder Judiciário e o que aqui discute neste processo, qual seja, a possibilidade de se exigir multa e juros sobre o crédito que esteve com a sua exigibilidade suspensa mesmo depois de ter cessado a eficácia do provimento judicial que concedera a suspensão da exigibilidade; assim, não conheceu da impugnação quanto a esta matéria e ainda deixou de se pronunciar também quanto às alegações de inconstitucionalidade do percentual de 75% da multa de ofício.

¹ Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versa a ordem de suspensão.

² Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§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.

³ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa



O Recurso Voluntário, na sua essência, repetiu as alegações da peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 17/05/2007, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 14/06/2007. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Nulidades

Em nenhuma das causas de nulidade de que trata o artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, podem ser enquadradas as situações suscitadas pela Recorrente, razão pela qual tal prejudicial deve ser afastada.

Decadência parcial (suscitada de ofício)

Não obstante nenhuma referência tivesse feito a Recorrente ao instituto da decadência, o faço de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

No presente caso, em que o lançamento contempla os períodos de apuração compreendidos entre 07/07/1999 a 29/12/2003 e cuja ciência se deu em 30/11/2004, há que deles se destacar aqueles compreendidos entre 07/07/1999 a 24/11/1999, visto que, **em princípio**, poderiam estar fora do alcance da fiscalização para fins de constituição do respectivo crédito tributário.

Desde a publicação da Súmula Vinculante 08 do STF, que decretou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, tenho buscado, ora no § 4º do artigo 150⁴, ora no inciso I do artigo 173⁵, ambos do Código Tributário Nacional, a fundamentação legal para o estabelecimento do prazo decadencial das contribuições sujeitas ao lançamento por homologação, como é o caso da CPMF, sempre ressaltando que a existência ou não de pagamentos, isto é, de autolançamento, é que determinará a minha opção entre um daqueles dois dispositivos.

Como sei, todavia, que o entendimento da maioria de meus pares neste Colegiado é diferente, tenho deixado registrado o porque me filio a essa corrente.

Na doutrina, invoco Luciano Amaro, que, *in* Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 2005, 11ª ed., p. 409, ensina que, *verbis*, "(...), quando não se efetua o pagamento 'antecipado' exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois simplesmente *não há o que homologar*"; a homologação não pode operar no vazio. Tendo em vista que o artigo 150 não regulou a hipótese, e o art. 149 diz apenas que cabe lançamento de

⁴ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

⁵ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)

ofício (item V), enquanto, obviamente, não extinto o direito do Fisco, o prazo a ser aplicado para a hipótese deve seguir a regra geral do art. 173, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que (à vista da omissão do sujeito passivo) o lançamento de ofício poderia ser feito".

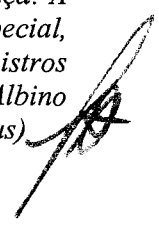
Nessa mesma linha se posiciona Carlos Mário da Silva Velloso, *in* Decadência e prescrição do crédito tributário, Revista de Direito Tributário, n. 9/10, p. 184-5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, ao afirmar que a homologação não tem lugar quando inexistente pagamento antecipado, pois o artigo 150, § 4º, só trata da hipótese de ter havido pagamento.

A jurisprudência do STJ é farta nesse mesmo sentido, a exemplo do julgado no REsp 678454/SC, Recurso Especial 2004/0088634-5, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 17/09/2007, p. 211, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. 2. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN. 3. No caso dos autos, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, motivo pelo qual a Fazenda Pública estadual lavrou Notificação Fiscal em 25 de janeiro de 1988, pugnando por débitos de ICMS referentes ao período de janeiro de 1982. Assim, o prazo que o Fisco estadual possuía para efetuar o lançamento era até 1º de janeiro de 1988, tendo em vista que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, do CTN). Portanto, efetivamente se implementou a decadência, não havendo o que ser reformado no acórdão recorrido. 4. Recurso especial desprovido.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifos meus)



Assim, quando há o autolancamento, ou seja, o pagamento antecipado da contribuição, busco a regra da decadência no § 4º do artigo 150; quando não, vou ao inciso I do artigo 173.

No presente caso, em que, à evidência, não houve o pagamento da CPMF, devemos buscar a regra no citado inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, de sorte que, não obstante eu tivesse suscitado o tema de ofício, nenhum período de apuração há de ser considerado como atingido pela decadência, visto que a administração poderia efetuar o lançamento até 31/12/2004.

Multa e juros de mora

Referidas questões devem ser tratadas como sendo de mérito e, neste ponto, é preciso deixar bastante claro quanto ao teor das decisões judiciais que a autuada intentou em relação à CPMF: a primeira delas, em que, pugnando pela não incidência sobre sua movimentação financeira da CPMF, obteve resultado final desfavorável, ou seja, a liminar que então lhe fora concedida nesse sentido, restou cancelada em decisão do TRF da 3ª Região em 21/02/2001, com seu trânsito em julgado em 14/01/2004. A segunda, em que, pugnando pela **suspensão da exigibilidade** do crédito tributário relativo aos **juros e multa de mora** incidentes sobre a CPMF não retida e não recolhida, durante o período em que albergada por decisão judicial. Esta ainda não teve o seu trânsito em julgado, muito embora a liminar então concedida tenha sido cassada pelo TRF da 3ª Região. De qualquer modo, apenas para o registro e para a perfeita caracterização da concomitância parcial de objetos, transcrevo abaixo os termos da decisão judicial de primeiro grau:

"Pelo exposto, estando presentes os requisitos do inciso II, artigo 7º da Lei nº 1533/51, CONCEDO A LIMINAR para determinar a suspensão da exigibilidade dos juros de mora e multa de mora incidentes sobre os valores a serem retidos a título de CPMF devida pelas operações financeiras realizadas pelo impetrante enquanto albergado por decisão judicial, abstendo-se a autoridade impetrada de praticar qualquer ato violador do direito nesta reconhecido até ulterior apreciação do feito."

Observa-se, portanto, que a Administração tributária apenas cuidou de se prevenir quanto a uma eventual perda do direito de constituir referido crédito tributário em face da decadência, já que a matéria (exigência de juros de mora e de multa de mora durante o período em que havia liminar favorável ao contribuinte) ainda está sendo discutida pela autuada junto ao Poder Judiciário por meio ação judicial. E aqui não há que se falar em não observância ao disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, porquanto o lançamento se refere a **juros de mora** e a **multa de ofício** calculados sobre os valores da CPMF não retidos e, conseqüentemente, não recolhidos aos cofres públicos, sem que tivesse o contribuinte qualquer provimento judicial a lhe garantir tal inadimplemento. Dito de outra forma, ocorreu que a autuada conseguira uma decisão liminar para não se submeter ao recolhimento da CPMF, porém, tal medida fora cassada e assim transitou em julgado, de sorte que, na condição de contribuinte, deveria ter recolhido a contribuição. Não tendo feito isso até a época do procedimento do Fisco, passou a se submeter às regras aplicáveis aquelas situações em que, instaurado o procedimento de ofício e diante da inexistência de recolhimento do tributo, há mesmo que se fazer incidir os juros de mora e a multa de ofício, tudo nos termos do § 3º do artigo 61, para os juros de mora, e nos termos do inciso I do artigo 44, para a multa de ofício, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Assim, em relação à parte do lançamento que trata dos juros de mora, resta caracterizada a concomitância de objeto e a teor da Súmula nº 1, aprovada na Sessão Plenária

do Segundo Conselho de Contribuintes em 18/09/2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28, implica em que "importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo".

Por essa razão, não conheço do recurso na parte em que o mesmo versa sobre os juros de mora.

Em relação à exigência da multa de ofício, que nada tem a ver com a matéria que a autuada discute em juízo, já explicitiei acima que a mesma é devida por conta da aplicação do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, haja vista que a CPMF propriamente dita não fora recolhida e não estava a autuada sob qualquer proteção de decisão judicial nesse sentido.

Quanto ao seu aventado caráter confiscatório, o que implicaria em que referido dispositivo legal que ampara o lançamento feriria dispositivos constitucionais, invoco a Súmula nº 2, aprovada na Sessão Plenária de 18 de Setembro de 2007, publicada no DOU de 26/09/2007, Seção I, pág. 28, segundo o qual "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Conclusão

Em face de todo o exposto, afasto as prejudiciais de nulidade apontadas, não conheço do recurso na parte em que o mesmo versa sobre os **juros de mora**, e nego provimento quanto às demais matérias, inclusive quanto à decadência, por mim mesmo suscitada de ofício.

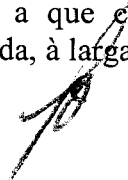

ODASSI GUERZONI FILHO

Voto Vencedor

CONSELHEIRO DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

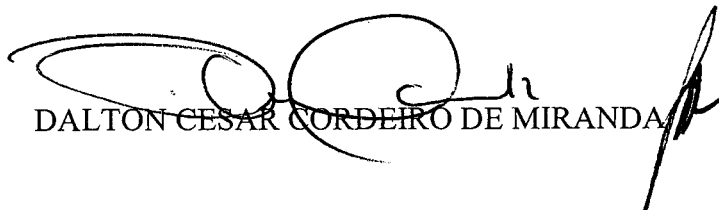
Com o devido respeito, ousou divergir de parte do voto do Ilustre Conselheiro relator quanto aos períodos considerados decaídos para efeito de lançamento, pois entendendo aplicável a espécie o artigo 150, parágrafo 4 do CTN, e, não, o artigo 173, I, do mesmo diploma legal.

E assim o faço com fundamento em face de decisão a que chegou o Colegiado Pleno do então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, à larga maioria e ao final do ano de 2008.



Portanto, entendo decaídos os períodos objeto do lançamento e anteriores a 30 de novembro de 1999.

É como voto.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA