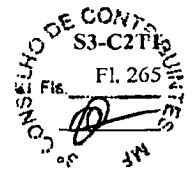




MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO



Processo nº 10880.020350/94-50
Recurso nº 142.997 Voluntário
Acórdão nº 3201-00.280 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2009
Matéria Finsocial - Compensação
Recorrente Natura Financiadora S/A Cred. Fin. Invest. (Nova Razão Social : Natura Inovação e Tecnologia de Produtos Ltda)
Recorrida DRJ-São Paulo/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/03/1992

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O crédito tributário pode ser constituído em auto de infração ou em notificação de lançamento. O fato de tê-lo sido por meio de auto de infração em procedimento no qual não foi apurada infração à legislação tributária não implica a declaração de nulidade do ato.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. RENÚNCIA.

A existência de ação judicial proposta pelo contribuinte em face da Fazenda Nacional com o mesmo objeto do auto de infração implica renúncia à instância administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA Nº 4 DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Nos termos da Súmula nº 04 do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes, a partir de 1º de abril de 1995 é legítima a aplicação/utilização da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Recurso Voluntário Negado

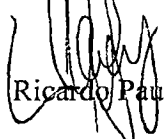
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, rejeitar a nulidade do auto de infração, vencido o

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira (Relator). Designado o Conselheiro Ricardo Paulo Rosa. No mérito, negar provimento, ao recurso voluntário.


Judith Do Amaral Marcondes Armando - Presidente


Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator


Ricardo Paulo Rosa - Redator

Participaram, ainda do presente julgamento os Conselheiros Mércia Helena Trajano D'Amorim, Ricardo Paulo Rosa, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

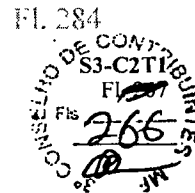
4. Em ação fiscal, levada a efeito na empresa do contribuinte acima identificado, foi apurada falta de recolhimento da Contribuição para Fundo de Investimento Social - Finsocial, relativa aos fatos geradores dos períodos de janeiro a março de 1992, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração (fls. 48/49), integrado pelos termos, demonstrativos e documentos nele mencionados, com o enquadramento legal discriminado às fls. 47 e 49.

5. No Termo de Verificação e Constatação de fls. 02 a autoridade fiscal autuante informa que:

a) A empresa não declarou nas DCTF os valores relativos ao Finsocial relativo aos meses de janeiro a março de 1992.

b) Tendo em vista que os valores apurados não foram lançados administrativamente, foi constituído os respectivos créditos, com a ressalva de ficar a cobrança suspensa até que tenha transitado em julgado a sentença final da lide, uma vez que o mérito está sub-judice.

6. O crédito tributário lançado no presente auto, composto pela contribuição, multa proporcional e juros de mora, calculado até 23.05.94, perfaz o total de 133.326,40 UFIRs.



7. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 25.05.94, o contribuinte protocolizou, em 24.06.94, a impugnação de fls. 52 a 54, acompanhada de documento de fls. 55, na qual deduz as alegações a seguir, resumidamente discriminadas:

A empresa propôs, em novembro de 1991, medida cautelar contra União Federal (proc. 91.0723133-4) e, no mês seguinte, ação declaratória (proc. 91.0734358-2), visando demonstrar a inconstitucionalidade da exigência do Finsocial.

A Medida cautelar foi julgada procedente, suspendendo a exigibilidade do tributo face os depósitos dos correspondentes valores.

A ação fiscal não pode prosperar, pois afronta manifestação judicial.

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o Finsocial com sua alíquota original de 0,5%, porém considerou inconstitucionais as majorações de 1%, 1,2% e 2%.

Deixando de lado a decisão judicial e os depósitos realizados que invalidam o auto de infração, constata-se que a Fiscalização incidiu em grave erro, uma vez que adotou a alíquota de 2%, quando o correto é 0,5%.

Contesta a multa de ofício de 100%, alegando que não ocorreu qualquer das hipóteses do inciso I, da Lei 8.218/91, mas sim depósito judicial resguardado por decisão judicial. O depósito, conforme o artigo 151 do CTN, suspende a exigibilidade do tributo.

8. O impugnante foi intimado a apresentar os comprovantes dos depósitos judiciais relativo ao Finsocial dos meses de janeiro a março de 1992 (fls. 57 a 59), e apresentou as cópias das guias de depósitos de fls. 60 a 62.

9. Em nova intimação, foi solicitado ao impugnante as Certidões de Objeto e Pé dos processos n.ºs 91.0723133-4 (Medida Cautelar), 91.0734358-2 (Ação Declaratória) e 92.0010643-9 (Agravo de Instrumento), bem como cópias das respectivas sentenças/Acórdãos, se houver (fls. 64 a 69). Foram apresentados pelo contribuinte os documentos de fls. 70 a 95.

A decisão recorrida adotou a seguinte ementa:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/03/1992

EMENTA: OBRIGATORIEDADE DO LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de ação judicial ou de depósito judicial,

mesmo que integral, cuja conseqüência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal.

**PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.
CONCOMITÂNCIA.**

Havendo concomitância entre processo administrativo e judicial deve a autoridade julgadora administrativa não conhecer da impugnação na matéria comum às duas instâncias.

**ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE
COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.**

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade. Não há disposição legal que determine o afastamento das majorações de alíquota do Finsocial para as instituições financeiras.

**EXIGIBILIDADE SUSPensa LIMINAR EM MEDIDA
CAUTELAR. DEPÓSITO JUDICIAL. MULTA DE OFÍCIO.**

Cancela-se, por inaplicável, penalidade incidente sobre crédito tributário com exigibilidade suspensa.

Lançamento procedente em parte.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator.

Entendo que o recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais.

Parece-me que tem razão a recorrente, quando alega que o auto de infração não é a via administrativa adequada para o lançamento para prevenir a decadência, pois, dentre os requisitos formais obrigatórios a esta modalidade de lançamento está a penalidade aplicável, na forma do disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula. (grifos acrescidos)

A relevância deste argumento está fundamentada principalmente em duas razões lógicas: a primeira, que o contribuinte não deve receber um auto de infração, quando não cometeu qualquer infração e está plenamente no exercício regular de suas obrigações tributárias e; a segunda, na competência da autoridade lançadora.

No caso em exame, de lançamento para prevenir a decadência, deveria ter sido adotada a via da notificação de lançamento, que está prevista no art. 11 do mesmo Decreto nº 70.235/72 e não tem a penalidade dentre seus elementos formais obrigatórios, *verbis*:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Não cabe apreciar aqui se houve ou não prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, ora recorrente, nesta hipótese, pois o vício é de natureza formal e a simples não observância do requisito macula o ato de lançamento, tornando-o nulo.

Assim, VOTO por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para declarar nulo o auto de infração por vício formal.

Vencido quanto à preliminar acima, passo ao exame do mérito.

O sistema jurisdicional brasileiro adota a jurisdição uma, ou seja, a eleição pelo contribuinte da discussão da matéria pela via judicial, antes ou após ter se iniciado o procedimento fiscal, importa renúncia à esfera administrativa, conforme o estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988.

Desta forma, como no presente feito o contribuinte impetrou a Medida Cautelar nº 94.0034281-0, não há possibilidade de discussão do mérito tributário nestes autos por concomitância.

Neste ponto, não há reparo a scr feito à decisão recorrida, porque, na forma do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 3, de 14.02.1996, realmente não pode ser conhecida a impugnação, quando ocorre a concomitância, *verbis*:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex. aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.);

c) no caso da letra 'a', a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de

Processo nº 10880.020350/94-50
Acórdão n.º 3201-00.280



medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito.

Assim, a apreciação do presente recurso fica limitada à análise da legalidade do procedimento de lançamento e aos acréscimos legais, não discutidos nos autos judiciais.

Quanto ao pedido de afastar a incidência de juros, tendo em vista a realização de depósito judicial do montante integral do débito, observo que este pedido não consta da impugnação apresentada, restando precluída a matéria, o que impede seu conhecimento por este Colegiado.

No que se refere à incidência da Taxa Selic enquanto juros, aplica-se ao caso a Súmula nº 4 do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes, de observação compulsória por este Colegiado, com o seguinte texto:

Súmula 3^oCC nº 4 - A partir de 1^o de abril de 1995 é legítima a aplicação/utilização da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Pelo exposto, tendo sido vencido quanto à preliminar de nulidade do auto de infração por vício formal, VOTO por conhecer do recurso para negar-lhe provimento.


Marcelo Ribeiro Nogueira

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa, Redator designado.

A questão que se apresenta gira em torno da declaração de nulidade do ato de lançamento para a prevenção de decadência do crédito tributário em circunstâncias nas quais teria sido utilizado, segundo entendimento do i. Relator do voto vencido, o meio indevido para tanto, qual seja, auto de infração em lugar da notificação de lançamento.

Segundo i. Relator do voto vencido, “a relevância deste argumento está fundamentada principalmente em duas razões lógicas: a primeira, que o contribuinte não deve receber um auto de infração, quando não cometeu qualquer infração (...) e; a segunda, na competência da autoridade lançadora”. Ainda conforme relata, “não cabe apreciar aqui se houve ou não prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, ora recorrente, nesta hipótese, pois o vício é de natureza formal e a simples não observância do requisito macula o ato de lançamento, tornando-o nulo”.

Nos termos do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, devem ser declarados nulos os atos praticados e as decisões tomadas por pessoa ou servidor incompetente ou praticados com preterição do direito de defesa.

Portanto, tem caráter restritivo as disposições legais que especificam os atos praticados no processo que devem ser fulminados pela nulidade. De fato, logo a seguir, o mesmo diploma legal trata de afastar a possibilidade de que as demais irregularidades, incorreções e omissões tragam esse tipo de consequência aos atos praticados no curso do procedimento.

Decreto 70.235/72

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

De acordo com o teor do voto vencido, o vício não decorre do cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, entendimento com o qual concordo, mas da falta de competência da autoridade lançadora.

É neste ponto que peço vênias para discordar. Segundo entendo, não há dúvida de que o instrumento por meio do qual foi constituído o crédito tributário correspondente foi lavrado por servidor competente para tanto, considerado como tal o Auditor-Fiscal da Receita Federal.

Trata-se de competência decorrente de Lei.

Com efeito, uma vez investido no cargo, o Auditor tem não só competência para constituir o crédito tributário, mas também o dever de exercer tal competência, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional.

Tais pressupostos são claros na legislação de regência. A competência para constituir o crédito tributário decorre de determinação expressa na Lei 5.172/66, o Código Tributário Nacional, que, como se sabe, tem status de Lei Complementar.

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.

A Lei nº 10.593/2002, com alterações posteriores, disciplina atualmente a investidura no cargo e especifica as competências da Carreira de Auditor-Fiscal da Receita Federal.



"Art. 3º O ingresso nos cargos das Carreiras disciplinadas nesta Lei far-se-á no primeiro padrão da classe inicial da respectiva tabela de vencimentos, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, exigindo-se curso superior em nível de graduação concluído ou habilitação legal equivalente.

"Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil

Art. 5º Fica criada a Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, composta pelos cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

"Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (grifei)

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;

Ao meu ver, a discussão do caso concreto deveria estar restrita ao instrumento utilizado para prática do ato, já que inquestionável a competência do Auditor para proceder à autuação.

Quanto a isso, o que se depreende da legislação de regência – Decreto 70.235/72 – é que o legislador não se preocupou em especificar as circunstâncias em que a administração deveria utilizar o auto de infração em lugar da notificação de lançamento para constituição do crédito, já que nenhuma menção é feita sobre esse assunto nas normas que regulam o processo administrativo fiscal.

Ao meu ver, a previsão de que o crédito seja lançado por notificação de lançamento em lugar de auto de infração encontra sua origem na execução de determinados

procedimentos dentro do próprio órgão atuante, sob a responsabilidade do chefe da unidade jurisdicionante, situações em que o lançamento correspondente não se dá em face de um procedimento de auditoria levado a efeito por servidor designado para apuração da ocorrência de irregularidades tributárias. O fato de a legislação prever que a notificação deva ser assinada pelo chefe da unidade correspondente justifica-se pela inexistência de uma ação própria de autoridade encarregada, diferentemente de como acontece quando uma pessoa física ou jurídica é investigada por Auditor-Fiscal designado para função.

Situações nas quais o lançamento do crédito tributário acontece de ofício e não por homologação moldam-se perfeitamente à notificação de lançamento, já que o crédito correspondente não vincula-se a nenhum procedimento fiscal e não está associado à ocorrência de qualquer infração à legislação tributárias, mas à necessidade de constituição da exigência ainda não admitida no mundo jurídico.

A despeito disso, o fato de ser utilizado um ou outro meio em nada afeta o crédito tributário correspondente. Existem diversas ocorrências que não admitem o lançamento por meio de notificação de lançamento, na medida em que a exigência decorre de procedimento fiscal de responsabilidade exclusiva da autoridade atuante e que, inobstante, não comportam a exigência da multa de ofício, tal como ocorre quando aplicados os Atos Declaratórios Normativos Cosit nºs 10 e 12 de 1997, ou mesmo nos casos de revogação de isenção concedida em caráter especial, evidências que afastam por completo a possibilidade de que a inexistência de infração rejeite a utilização do auto de infração como documento hábil à constituição do crédito.

Ante o exposto, VOTO POR AFASTAR a preliminar de nulidade do lançamento argüida.



Ricardo Paulo Rosa