



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10980.009439/97-71
Recurso nº. : 117.920
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1994 a 1996
Recorrente : NORDESTE - IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR.
Sessão de : 17 de março de 1999
Acórdão nº. : 101-92.612

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO
TRIBUTÁRIO. NULIDADE.**

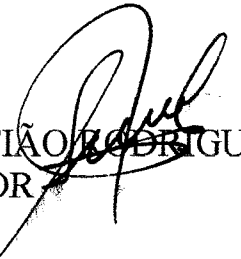
Ex vi do disposto no Artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente são nulos de pleno direito, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, por ineficazes.

Declarada a nulidade a partir dos lançamentos iniciais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LNORDESTE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA..

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, declarar nulo o lançamento tributário, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente Julgado. Vencido o Conselheiro KAZUKI SHIOBARA.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM:

19 ABR 1999

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, RAUL PIMENTEL, SANDRA MARIA FARONI e CELSO ALVES FEITOSA.



Processo nº. :10980.009439/97-71
Acórdão nº. :101-92.612

RELATÓRIO

NORDESTE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA. recorre para este Colegiado da decisão proferida pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento em Curitiba – PR, proferida às fls. 508/524, mantendo os créditos tributários exigidos nos autos de infrações formalizados em 05 de agosto de 1997.

A Fiscalização lavrou três Autos de Infração, contra a Recorrente, nas seguintes áreas: I.R.P.J. (fls. 195/198), I.R.R.F. (fls. 231/232) e Contribuição Social sobre o Lucro (fls. 241/243), os dois primeiros agravados conforme se constata às fls. 312 a 428.

As irregularidades apuradas pela Fiscalização, que teriam ensejado os lançamentos de ofício, encontram-se descritas no Auto de Infração lavrado na área do I.R.P.J., e podem ser assim resumidas:

- a) arbitramento do lucro tributável em razão de não haver o contribuinte apresentado livros e documentos de sua escrituração contábil;
- b) a base para o arbitramento corresponde ao valor das compras efetuadas, extraídas das Declarações de Importação.

Inaugurada a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 264/283, capeando a documentação de fls. 284 a 377, foi proferida decisão de fls. 508/524, assim ementada:

"IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – Períodos de apuração 05/94 a 04/96, 07/96, 07/96 08/96, 11/96 e 12/96.

Prova pericial. Não se toma conhecimento de pedido de juntada posterior de prova pericial, sem preencher os requisitos do art. 16, inciso IV, do Decreto 70235/72, com a redação do art. 1º da Lei 8748/93.

Arbitramento do lucro – Na impossibilidade material de apurar o lucro da pessoa jurídica obrigada ao lucro real, pela falta de escrituração, cabe à autoridade fiscal cobrar o imposto por meio do arbitramento do lucro, ainda

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

mais se comprovada a inexatidão da declaração de rendimentos apresentada, ou na falta de sua apresentação. Posterior elaboração e apresentação de escrita, após a lavratura do auto de infração com arbitramento do lucro não tem eficácia para alterar o crédito tributário regularmente constituído.

Forma de arbitramento - Sendo desconhecida a receita bruta, quando do lançamento, é cabível o arbitramento com base nas compras.

Percentual de arbitramento – A teor da IN SRF 79/93, o percentual mensal de arbitramento dos períodos de apuração 1994 fica aumentado em seis por cento ao mês sobre o último adotado, observado como limite máximo o dobro do estabelecido.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE – Períodos de apuração 05/94 a 12/95.

Penalidade. A ocorrência de simulação de participação societária, a prestação de falsa informação nas DIRPJ e a falta de atendimento às intimações justificam o percentual da multa de ofício aplicada.

Lucro arbitrado – Conforme deposição do art. 54 da Lei 8.981/95 e do art. 5º, parágrafo único da Lei 9.064/95, presume-se rendimento pago aos sócios ou acionistas o lucro arbitrado deduzido do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro sobre o lucro, sendo tributado exclusivamente na fonte, à alíquota de quinze por cento. Mantido o lançamento principal, de IRPJ, igual sorte cabe ao decorrente, de IRRF.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – Períodos de apuração 01/95 a 04/96, 07/96, 07/96, 08/96, 11/96 e 12/96.

Lucro arbitrado – Conforme disposição do art. 55 da Lei 8981/95, o lucro arbitrado das pessoas jurídicas constitui também base de cálculo da contribuição social sobre o lucro. Mantido o lançamento principal, de IRPJ, igual sorte cabe ao decorrente, de Contribuição Social.

LANÇAMENTOS PROCEDENTES.”

Desse ato, a Recorrente foi cientificada em 13 de julho de 1998 (AR fls. 532), com ela não se conformando, ingressou, tempestivamente com o recurso voluntário de fls. 535/646, com vistas à sua reforma e conseqüente cancelamento integral da exigência.

Como razões do apelo a Recorrente reedita as razões apresentadas na peça impugnativa, razão pela qual passo a ler, em Plenário, o inteiro teor da petição endereçada a este Tribunal Administrativo.



Em razões aditivas, apresentadas às fls. 661 a 787, a recorrente aduz em síntese:

- a) sofreu ampla ação fiscal, da qual resultou a tributação ora contestada, sendo que, posteriormente, tomou conhecimento de que os Fiscais autuantes teriam sido responsabilizados em processo administrativo disciplinar;
- b) foi então solicitada à Superintendência da 9ª Região, cópia do processo, o que restou indeferido, conforme prova que faz juntar aos presentes autos;
- c) posteriormente, com o testemunho de Luiz Antonio Caetano perante o MM Juiz da 3ª Vara Federal Criminal, no Estado do Paraná, ficou demonstrada a existência do referido processado, descobrindo-se, então, que a autoridade fiscal havia impetrado Mandado de Segurança perante a Justiça Federal em Brasília;
- d) tais fatos justificam a não arguição, oportunamente, da nulidade do presente processo, dado que foi impedido de tomar conhecimentos dos fatos efetivamente ocorridos, o que aconteceu somente nesta oportunidade;
- e) os Fiscais autuantes estavam requisitados pelo Ministério Público Federal, para prestar assistência e assessoria técnica em matéria fiscal, desde janeiro de 1997, do que resulta concluir que estavam, inclusive, sob o palio e a supervisão direta do Ministério Público Federal, todo o desenvolvimento desse trabalhos desde o seu nascedouro;
- f) deve ser observado que o Auto de Infração foi lavrado por esses Fiscais, durante o período que estavam requisitados ao MPF, estando eles, portanto, desvinculados da Receita Federal em sem a devida competência para lavrar os aludidos autos, conforme dispõe o inciso I, do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972;
- g) ficou evidenciado, portanto, que os Autos de Infração são nulos, devido ao fato de que os Auditores Fiscais não têm competência para autuarem nestas condições, posto que à estes se aplica o sigilo fiscal e inclusive a atividade privada da Receita Federal, exigindo-se, também, que os Fiscais estejam lotados e em exercício de suas funções;
- h) nos termos do artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 1972, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente, sendo certo que no presente caso os Auditores estavam desvinculados de seu antigo órgão e portanto, devem ser anulados todos os atos e termos dos autos de infração por eles lavrados;
- i) deve ser ressaltado, por necessário, qual foi a verdadeira finalidade das lavraturas dos autos de infração confeccionados pelos Fiscais, dentro do Ministério Público Federal e sob o palio dos Procuradores da República dos quais ofereceram denúncias criminal, antes mesmo de terem sido dado, ciência ou intimação da existência de autos de infração ao contribuinte, dos quais foram lavrados ainda sob sigilo, tão pouco aguardou o exaurimento da esfera administrativa além de ter privado o contribuinte do direito, do benefício da Lei;

- j) ficou evidenciado que o MPF, em conjunto com os Fiscais, dos quais tinham sido requisitados exclusivamente para assessorá-los tecnicamente em matéria fiscal, não tinham competência para lavrar autos de infração, mas mesmo assim, associados de forma estável, constante e permanente uniram-se no propósito de oferecerem denúncia criminal, mesmo sabendo que os fatos imputados nas denúncias não eram verídicos conforme reunião realizada na SRRF 9ª Região em agosto de 1997;
- k) não pode deixar passar em branco, as atitudes do Ministério Público Federal do Paraná, a legislação vigente art. 83 da Lei nº 9.430, de 1996 e a Portaria nº 1.805, de 1998 determinam que, caso um Auditor Fiscal do Tesouro Nacional em exercício e lotado na Secretaria da Receita Federal, durante o curso da ação fiscal resulte lavraturas de autos de infração de exigência de crédito tributário, o qual constarem fato que configure, em tese, crimes contra a ordem tributária, comunicará ao chefe da respectiva unidade administrativa que, a seu juízo, presentes as circunstâncias arroladas;
- l) são estas e outras as razões pelas quais um comportamento só adquire a qualidade de ato jurídico, só ganha forma perante o Direito, quando cumpre aquilo que é o mínimo para assessorar juridicamente, devendo, transpor a vontade pessoal do agente para ingressar no plano social, bastando o senso comum para ver as irregularidades na confecção dos autos de infração, local, e o erro de pessoa, até porque viciar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma;
- m) aprofundando um pouco mais, observa-se ainda que os atos praticados pelos Fiscais foram revestidos de abuso de poder, a Administração Pública deve obediência à Lei em todas as suas manifestações, até mesmo nas atividades discricionárias, ficando sujeita às prescrições legais quanto à competência, finalidade e forma, sendo certo que o poder concedido à Autoridade tem limites certos e forma legal de utilização, não podendo ser tomado como carta branca para arbítrios, perseguições ou favoritismo de qualquer forma;
- n) o artigo 153, I da Constituição Federal, estabelece a igualdade de todos perante a Lei, ora, se o agente do poder não está no exercício de suas funções, deixa de ser autoridade, igualando-se aos demais cidadãos, e o poder administrativo, portanto, é atribuído a autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse Público, nessa condição, o poder de agir se converte em dever de agir, no direito público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações como essa;
- o) cumpre observar a forma que passaram a atuar, do seu retorno ao MPF, os mesmos Fiscais, não lavrando mais autos de infração, fazendo apenas relatórios, como aqueles juntados em anexo, que foram enviados à Receita Federal para que fossem lavrados os autos de infração, por um Auditor competente, e em exercício de suas atribuições e lotado na Secretaria da Receita Federal, ficando demonstrado que os Autuantes não tinham competência para lavrarem os autos de infração, tanto é verdade que os mesmos não lavraram mais se restringiram apenas a fazerem no máximo relatórios

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

como o 03, em anexo, o que deveriam ter feito desde o início, até porque foram requisitados ao MPF apenas para assessorá-los tecnicamente.

É o Relatório. 

Processo nº. :10980.009439/97-71
Acórdão nº. :101-92.612

VOTO

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator.

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

O assunto colocado em julgamento já foi objeto de anteriores manifestações por parte desta Câmara, conforme se constata pelo Acórdão, dentre outros, o de número 101- 92.516, de 27 de janeiro de 1999.

Deve ser registrado, por relevante, que no caso sob exame o crédito tributário anteriormente formalizado restou agravado conforme Autos de fls. 382/428, fato que não tem o condão de alterar a situação pré-existente, vez que a simples reprodução das descrições anteriormente lançadas na peça básica não podem ser tomadas como lançamento até porque a intenção da agravar está registrada de forma textual nos documentos acima mencionados.

Por se tratar de matéria cuja análise já foi feita e anteriormente decidida, tomo a peço vênha para reproduzir o voto proferido quando do julgamento do Recurso nº 117.102:

Como visto do relatado, em peça complementar ao recurso, dado o posterior conhecimento de *atos novos* (posse de documentos que se referiam a fatos cujo conhecimento se ocultara da recorrente) a autuada sustenta a **nulidade absoluta**, *ab initio*, da exigência fiscal, por **incompetência** dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, que lavraram o auto de infração de que cuida o recurso, dado que estavam temporariamente desvinculados da Secretaria da Receita Federal, hierarquicamente subordinados a outra autoridade (o Ministério Público Federal). Nessas condições os atos que precederam a autuação e a própria formalização da exigência foram realizados por autoridade incompetente.

O conhecimento da peça recursal está amparado pelo disposto no Art. 17 do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 70.235, de 06.03.72, com a redação que lhe foi dada pelo Art. 1º da Lei nº 8.748, de 09.12.1993, e Art. 245, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

Tratando-se de preliminar incompatível com o mérito, a apreciação deste ficará prejudicada se procedente aquela, nos termos do Art. 28 do mencionado diploma processual tributário.

Segundo se alega, os Auditores Fiscais somente teriam competência para a fiscalização e conseqüente formalização de qualquer exigência fiscal, no âmbito dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, quando aqueles estivessem exercendo atividades na condição de vinculados e hierarquicamente subordinados às autoridades da Secretaria da Receita Federal, isto é, se encontrassem em efetivo exercício em qualquer dos órgãos que compõem a Secretaria da Receita Federal.

Portanto, é necessário examinar, inicialmente, a validade do Ato Administrativo de Lançamento (que no caso ocorreu através de Auto de Infração), começando por verificar se quem praticou os atos preparatórios e formalizou a exigência, através do Auto de Infração, tinha competência [capacidade + atribuição + efetivo exercício (vinculação funcional e subordinação hierárquica) no ente público a quem a lei atribui competência] legal para a pratica do ato, e depois; quais as conseqüências.

No presente caso não se questiona, nem se o agente era capaz, nos termos da lei civil, nem tampouco se coloca em dúvida ser atribuição do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional para fiscalizar e formalizar a exigência dos créditos referentes aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (no âmbito da qual também inquestionavelmente se encontra a competência para a fiscalização, formalizar a exigência e cobrar o tributo objeto do lançamento).

O que cabe verificar é se o Auditor Fiscal que efetuou a fiscalização e formalizou a exigência fiscal, através do Auto de Infração, estava no efetivo desempenho da função a que a lei reservou a competência para efetivar a prática do Ato de Lançamento ou se estava no desempenho de outras funções, vez que como muito

Processo nº : 10980.009439/97-71

Acórdão nº : 101-92.612

bem reconhece a Corregedoria Geral da própria Secretaria da Receita Federal, na informação COGER/GAB Nº 015/97 (itens 42 e 43 do Processo nº 10168.003740/97-18), consignada no processo administrativo disciplinar em que os Auditores Fiscais Luiz Antonio Caetano e Kurt Theodor Krause eram acusados:

“... Se um Auditor – Fiscal do Tesouro Nacional for cedido, na forma da lei, para o Senado, Presidência da República, Ministério Público, IBAMA, Universidade Federal, etc., não pode, enquanto estiver no exercício de funções no seu novo órgão, desvinculado, portanto, do seu antigo órgão, selecionar e fiscalizar contribuintes, pessoa física ou jurídica, e lavrar autos de infração, isto porque esta atividade é privativa dos servidores lotados e em exercício na Secretaria da Receita Federal. A ele aplica-se, inclusive, o sigilo fiscal. (...).

Acrescente-se ser totalmente irrelevante a forma de publicidade dada a essa forma da cessão: pois, se por um lado, ninguém poderá alegar que os votos dados por jurado no Tribunal ou a admissão ou recusa de acesso de alguém ao recinto eleitoral possam ser considerados atos da Secretaria da Receita Federal, só porque o jurado ou o mesário, conforme o caso, era AFTN que prestava serviços no órgão cessionário na qualidade de *servidor* requisitado; por outro, tampouco se exige, nesses casos, a Portaria publicada no Diário Oficial (e a praxe administrativa que dispensa a Portaria é longa e jamais censurada). E, por outro lado, nunca se alega que os atos do mesário ou do jurado são inválidos, porque faltou Portaria de cessão do servidor.

Pela leitura das diversas peças dos autos, constata-se que os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional Luiz Antonio Caetano e Kurt Theodor Krause, foram nos termos do art. 8.º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93, para de assessoramento técnico no Estado do Paraná, desde janeiro a outubro de 1997, respectivamente, , no procedimento nº 08115. 2333/96-11.

Na inicial dos autos de Mandado de Segurança nº 1998.34.00.007665-7 (4ª Vara Federal do Distrito Federal), impetrado pelo autuante, o AFTN Luiz Antonio Caetano contra a aplicação da pena disciplinar, asseverou o Impetrante que:

“... foi requisitado para prestar serviços ao Ministério Público Federal no Estado do Paraná e como tal, estava adstrito a executar trabalhos para os fins de investigações diligenciadas por aquele órgão. Não estava subordinado à Superintendência da Secretaria da Receita Federal do Paraná, nem tampouco a outras de suas unidades, ou vinculado hierarquicamente a administradores deste

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

órgão. O próprio representante do Ministério Público Federal já havia esclarecido, antes mesmo do julgamento administrativo, que as informações prestadas pelo impetrante não se configuram em representação criminal (fls. 201 e 202).” (fls. 18 e 19) (grifou-se).

Ainda é o mesmo AFTN **Luiz Antônio Caetano**, principal autuante, no processo administrativo fiscal de que ora se trata, quem, no aludido processo administrativo disciplinar que se instaurou contra os autuantes, declara:

“O erro da Administração Pública, no caso presente, consiste exatamente em não compreender que, **estando o servidor exercendo suas funções junto ao Ministério Público, em razão de requisição, a sua atividade torna-se vinculada administrativamente a este último e não àquele**”.

“De fato, como se sabe, o que caracteriza a requisição é precisamente o seu caráter vinculativo. Isto é, **aquele que age mediante requisição torna-se vinculado à vontade daquele que requisita**. Isso pela razão simples de que a requisição, como se sabe, traduz-se, em verdade, numa ordem”.(Relatório da Comissão de Inquérito — Processo n.º 10168.003740/97-18, fls. 255, reproduzida a fls. 301 do MS n.º 1998.34.00.007665-7, 4ª Vara Federal, DF; os grifos foram acrescentados);

Constando mais adiante:

“Por fim, ainda que assim não fosse, parece constituir verdadeiro absurdo lógico compreender que o **servidor público que se encontra cumprindo funções em outro órgão (por transferência, cessão, ou, principalmente, requisição)** deva comunicar ao **antigo órgão** as irregularidades que venha a ter conhecimento em razão do exercício de funções cumpridas já agora em uma **outra conformação hierárquica**. Imagine-se, só, para exemplificar, o caso (muito comum em Brasília) de servidores do Banco do Brasil ou Banco Central que se encontram à disposição de outros órgãos federais (como Presidência da República, Senado, etc.) que tivessem que retornar ao seu **antigo órgão** para comunicar fato de que teve conhecimento quando do exercício de funções já em **outra estrutura administrativa**.”(Fls. 193 e 217 do Processo Disciplinar n.º 10168.003740/97-18; os grifos não são do original).



Por sua vez, o Ministério Público Federal, em diversos documentos, reconheceu que a função dos Auditores era a de “requisitados” daquele órgão.

Assim, por exemplo, colhem-se do Relatório da Comissão de Inquérito (Portaria n.º 1.353/97) diversas referências a esse reconhecimento explícito e enfático, v.g. nestas passagens:

“Quanto ao fato de a comissão de inquérito ter sido designada para “apurar os fatos relacionados com a representação contra a Delegada da Receita Federal de Julgamento em Curitiba”, informam [os Procuradores, membros do MPF] que “o episódio da denominada representação feita ao Ministério Público Federal nada mais foi do que uma informação por escrito realizada pelo AFTN, contendo considerações de ordem técnica sobre inconsistências encontradas na decisão da Delegada de Julgamento, a respeito de um dos autos de infração por ele lavrados. Nesse passo, tal conduta do servidor **não teve outro objetivo que não o de instruir a Procuradoria da República com dados técnicos para as providências que esse órgão julgasse cabíveis, dada a eventual repercussão do julgamento administrativo na esfera criminal, atitude essa perfeitamente adequada aos deveres e atribuições do servidor para com o órgão requisitante**” (Fls. 229 daquele processo administrativo e 275 do Mandado de segurança anteriormente citado; grifou-se aqui).

A ratificação desse reconhecimento é ainda mais contundente pelo declarado no documento público denominado “Certidão”, emitido pela Procuradoria da República no Estado do Paraná, do seguinte teor:

“**CERTIDÃO** — Certifico, a quem interessar possa, a instauração aos 20 de fevereiro de 1998 pelo Ministério Público Federal, por sua Procuradoria da República no Estado do Paraná, de Inquérito Civil Público (MPF PR/PARANÁ 08115.001069/98-43) com vistas a apurar a ocorrência de improbidade administrativa por abuso de poder, desvio de finalidade ou ilegalidade no afastamento dos AFTNs Luiz Antônio Caetano e Kurt Theodor Krause para responderem procedimento administrativo disciplinar perante a Secretaria de Receita Federal por **serviços prestados sob requisição ao Ministério Público Federal**, nos termos da Portaria em anexo.” (Certidão datada de 20 de fevereiro de 1998, constante a fls. 322 do antes referido Mandado de Segurança; grifos acrescentados).

Processo n.º : 10980.009439/97-71

Acórdão n.º : 101-92.612

Na Portaria n.º 23, da mesma Procuradoria da República, por sua vez, consta que os Auditores Fiscais estavam requisitados, prestavam serviços àquela Procuradoria, e que foi por conta desse serviço que foram autuadas as empresas Libre, International, Nordeste e CDB Ltda.

Assim, estando requisitados pelo MPF, os AFTN praticaram, por ordem dele (e não da SRF), os atos de lançamento dos quais ora se recorre, conforme se constata de seus indesmentíveis e claros dizeres:

“1. Os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional Luiz Antonio Caetano e Kurt Theodor Krause, devidamente **requisitados** nos termos do art. 8.º, inciso II, da Lei Complementar n.º 75/93, **prestavam serviços** de assessoramento técnico à **Procuradoria da República** no Estado do Paraná, desde janeiro/fevereiro de 1997, respectivamente, **sob ordem da Coordenadoria Criminal**, no procedimento n.º 08115.2333/96-11.

2. **Por conta desse serviço foram autuadas pelos referidos servidores** as empresas Libre Imp. Exp. de Veículos Ltda., International Imp. Exp. de Aeronaves Ltda., Nordeste Imp. Exp. de Veículos Ltda., CDB Com. de Veículos Importados Ltda.

3. Em virtude da decisão n.º 4-30/97, no Processo n.º 10980.004817/97-39 (International Imp. Exp. de Aeronaves Ltda.) e, posteriormente, da decisão 4-031/97 no processo n.º 10980.008015/97-99 (CDB Com. de Veículos Importados Ltda.), ambos da lavra da Delegada de Julgamento Maria Aparecida Borges, **os servidores Luiz Antonio Caetano e Kurt Theodor Krause, sob determinação do Coordenador Criminal**, pois se tratavam de **autuações realizadas sob o pálio do procedimento MPF n.º 08115.2333/96-11**, prestaram informações ao Ministério Público Federal relativas a irregularidades que vislumbraram nessas decisões.” (Os grifos não constam do original).

Sustentando o reconhecimento de efeitos à **requisição** no mandado de segurança em questão e manifestando-se pela sua concessão, escreveu o *Parquet*:

“O impetrante, como se sabe, é Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, e, nesta qualidade, foi requisitado pelo Ministério Público Federal para auxiliá-lo na apuração de delitos fiscais e criminais no estado do Paraná, mais especificamente, na chamada Operação “Descobrimento da América”

.....
Pouco interessa, na verdade, a mecânica do procedimento requisitório: se feito através de ofícios renováveis mês a mês, como ocorreu no caso do impetrante, ou através de sistemática outra. O que releva, in casu, é que o impetrante estava prestando serviços temporários a Procuradoria da República no Estado do Paraná, serviços estes que, dada a sua excelência, possibilitaram uma economia de cinquenta e dois milhões de reais ao Erário Público, consoante informam os ilustres Signatários da peça de fls. 252 usque 254. (...)

(...) De mais a mais, vale insistir na premissa de que o servidor, à época, estava temporariamente prestando serviços ao Ministério Público Federal, contribuindo para a apuração dos fatos objeto do Procedimento MPF 08115.233/96-11 (...)

*(...) No período em que constatou o grosseiro erro de cálculo na Decisão 4030/97-DRJ/PR, estava o impetrante requisitado pela Procuradoria da República do Paraná, de modo que **nada mais lógico do que apontar as inconsistências do aludido decisum àquela Instituição**, mormente quando, após confrontada acerca da acurácia da Decisão em apreço, a autoridade superior assevera que nada fará" (fls. 707/8) (grifos da presente).*

Para completa e cabal confirmação de que os atos praticados pelos autuantes, contra o autuado ora recorrente, foram-no quando se encontravam exercendo funções em outro órgão (o MPF) que não o competente (a SRF), basta mencionar a posição hierárquica deles, que era, no momento da lavratura dos Autos de Infração, não de subordinação à Secretaria da Receita, mas ao Ministério Público.

Outra prova eloqüente de que era o Ministério Público e não a Receita Federal que estava no comando e na execução dos trabalhos ditos fiscalizatórios é o fato de que os Procuradores da República detinham as chaves do recinto em que se encontravam os documentos, não deixavam os servidores da Receita ter acesso ao local e ainda opuseram dificuldades a que tais documentos fossem entregues ao órgão fiscalizador competente, quando oficialmente solicitado.

Nesse sentido foi o pronunciamento da Advocacia Geral da União neste trecho de sua contestação da União (Receita Federal) nos autos do processo n.º 98.0010499-6:

“Postura injustificável e temerária do Autor.

Por outro lado, os itens 7 a 10 das informações anteriormente citadas (fls. 447 a 454) colocam a nu a intenção da parte autora *[esclarece-se aqui que a parte autora é o*

Ministério Público Federal] em **coagir, de forma ilegítima, a administração fazendária, impedindo-a de executar livremente seus misteres.**

Não explica o requerente [*o Ministério Público Federal*] os objetivos reais da **recalcitrância em disponibilizar os documentos, indispensáveis à instrução de eventuais processos fiscais**, como lamenta a Superintendência Regional da Receita Federal:

“Desde o afastamento dos servidores e colocação à disposição de novos servidores para prosseguir nos trabalhos (22.10.97), até a propositura da ação, transcorreram aproximadamente **cinco meses**. Cinco longos meses em que a Secretaria da Receita Federal procurou por todas as formas sensibilizar o Ministério Público para a **necessidade de acesso aos documentos**, com o fito de efetuar os lançamentos dos eventuais créditos tributários. Como resposta, a impertinente exigência de que tais trabalhos fossem executados por determinados servidores. Indaga-se: há justificativa para tal atitude, quando a substituição de servidores, quando muito, atrasaria o trabalho em alguns dias?”(Processo n.º 98.0010499-6, fls. 550, Seção f, grifos acrescentados)

Finalmente, confirmando esse entendimento, sentenciou o MM. Juiz da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, no processo n.º 1998.34.00.007665-7, *verbis*:

“2. AUSÊNCIA DE DEVER HIERÁRQUICO PARA COM A RECEITA FEDERAL

Em que pese o impetrante exercer o cargo de Auditor do Tesouro Nacional, na oportunidade dos fatos, estava ele legitimamente requisitado pelo Ministério Público Federal do Paraná para assessora-lo na apuração de ilícitos fiscais e criminais no âmbito de importações, com plena ciência e expressa autorização da Receita Federal (...) Portanto, do impetrante não se poderia exigir outra conduta senão a de apresentar a “representação” perante o Órgão Ministerial a que estava temporariamente vinculado.

“O dever de lealdade, por isso, era para com o Ministério Público a que estava servindo e não para com a **Receita Federal, da qual se encontrava afastado por força da requisição** levada a termo.” (fl. 732) (*grifou-se*).

Não apenas se afirmou, nessa decisão judicial, que houve cessão, como que a requisição foi legítima. Não apenas se afirmou que houve legítima requisição, como também que o dever de lealdade e a linha hierárquica ligavam os AFTN não à Receita Federal, mas ao Ministério Público.



Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

A Administração Fiscal, embora tenha tentado descaracterizar como *cessão de servidor* o ato de colocação dos AFTN à disposição do Ministério Público Federal, ela própria cuidou de considerar como tal o atendimento às requisições.

Com efeito, não apenas o Ministério Público Federal considerou os AFTN como requisitados. O setor próprio do Ministério da Fazenda também os considerou assim, pois que no "Dossiê de RH" do SIPE – Sistema de Administração de Pessoal", referente ao Auditor Fiscal do Tesouro Nacional LUIZ ANTONIO CAETANO, consta quatro vezes a menção ao código 00104, seguido de seu significado ("CESSÃO SEM ÔNUS"), conforme consta a fls. 207 (vol. II) da Ação Pública n.º 98.0010449-6.

Portanto, concluindo-se estarem os AFTN requisitados pelo MPF, cabe então perquirir se a esta entidade atribuiu a legislação competência para fiscalizar e autuar contribuintes, por infração a legislação tributária.

Uma consulta à legislação que o estrutura e que define suas atribuições institucionais será o suficiente para atestar a sua incompetência para a formalização de qualquer exigência fiscal

Afora a fiscalização de atos externos (atos de outros órgãos), nenhuma competência legal detém que lhe permita a ingerência substitutiva da atribuição de outros órgãos.

Sua função orientadora não pode jamais ser confundida com uma função interventora na Secretaria da Receita Federal, e em órgão algum, mediante atuação direta, em vez da atuação desta, para formular exigências fiscais por meio do lançamento de tributos e multas. Essa competência dos órgãos locais da Secretaria da Receita Federal é somente dela —ou não seria uma competência—, não havendo possibilidade de o Ministério Público Federal realizá-la, por seus procuradores ou por intermédio de funcionários a seu serviço (mesmo que sejam originários da SRF).

Para delimitar o campo dos dois órgãos, nada melhor do que as palavras dos próprios representantes do Ministério Público sobre o papel dos AFTN autuantes, que não dizia respeito a suas funções originárias (de fiscalizar tributos e autuar contribuintes), e sim a funções relativas a assessoramento em matéria criminal:

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

“7 Durante seu depoimento, o acusado Luiz Antônio solicitou que fossem juntados aos autos os documentos constantes às fls. 49 a 60, constituídos por ... ofício n.º 3022/97-CCrim/PR (fls. 49-51), assinado pelos Procuradores da República ..., argumentando que o servidor *‘foi requisitado pelo MPF à Receita Federal, nos termos do art. 8.º, incisos II e III, e seu § 3.º, da Lei Complementar n.º 75/93, para que prestasse assistência e assessoria técnica em matéria fiscal e aduaneira, no desenvolvimento dos trabalhos de investigação do procedimento MPF n.º 08115.2333/96-11, instaurado no âmbito da Procuradoria da República no Paraná, além de outros procedimentos e inquérito policial correlatos e que têm por objeto crimes de contrabando e descaminho, fraude documental na importação de veículos automotores e crimes contra a ordem tributária.’*”[Proc. 10168.003740/97-18, fls. 228 =Mandado de segurança citado, fls. 274. (Os grifos itálicos constam do próprio original)].

Portanto, ao Ministério Público Federal incumbe a investigação criminal. À Secretaria da Receita Federal, a tributária. Não pode aquele órgão realizar esta, nem a SRF realizar aquela atribuição.

Tivesse o AFTN, ou o Procurador da República, conhecimento de alguma irregularidade com repercussões fiscais, era seu dever representar o fato à autoridade competente, e não usurpar a competência dela:

Art. 12. O servidor que verificar a ocorrência de infração à legislação tributária federal e não for competente para formalizar a exigência comunicará o fato, em representação circunstanciada, a seu chefe imediato, que adotará as providências necessárias.(Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972)

Prova do afirmado, temô-la no Decreto nº 982, de 12/11/93, o qual estabelece que os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, no exercício de suas atribuições de fiscalização, de lançamento ou de cobrança de tributos e contribuições devidos a Fazenda Nacional, sempre que apurarem ilícitos penais que relacionam representarão, perante o Secretário da Receita Federal (Art. 1º), que encaminhará os autos do processo ao Procurador-Geral da República (Art. 4º).

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

No mesmo sentido, a Lei nº 9.430, de 27/12/96 (DOU de 30/12/06) expressamente estabelece que:

“Art. 83 – A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

Aliás, em ato de tácito reconhecimento de sua incompetência, os AFTN, em fatos mais recentes, não autuaram mais, eles mesmos. Preferiram representar à Receita Federal, embora o reconhecimento tenha sido feito de modo parcial, vez que, mesmo sem competência para tal, ainda fizeram o levantamento fiscal, calcularam os débitos que lhes pareceram devidos, redigiram o relatório fiscal e confeccionaram o Auto de Infração.

Veja-se, a propósito, a representação denominada “Relatório n.º 3”, enviada pelos AFTN Luiz Antônio Caetano e Kurt Theodor Krause para o Coordenador Criminal Nazareno Jorgealém Wolff, em papel timbrado do Ministério Público Federal, datado de 26 de junho de 1998, em que dizem no item 8:

“Recomendamos que o referido trabalho seja encaminhado, junto com uma cópia das Declarações de Importação (DI), à Secretaria da Receita Federal, para que seja procedido o lançamento dos tributos.”

Portanto, o lançamento não podia ser feito por eles. Deveriam ser enviados os dados à Delegacia da Receita Federal, para o lançamento. Pelo menos desde junho de 1998, aperceberam-se de sua incompetência, pois do contrário teriam feito como no caso ora *sub iudice*, isto é, teriam eles mesmos autuado.

Peculiar também é o Ofício n.º 2290/98 CCrim, assinado pelo referido Procurador JorgeAlém, no qual ele transmite os documentos constantes da representação dos AFTN, comunicando as infrações, e contendo o Auto de Infração que a destinatária deveria assinar, e requisita da SRF

Processo nº. :10980.009439/97-71

Acórdão nº. :101-92.612

uma representação de volta, comunicando a ele, para fins criminais, os fatos que ele comunicara a ela, para fins tributários.

Peculiaridades à parte, importa anotar que com esses atos o Ministério Público Federal (seja por intermédio de seus requisitados, os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, seja diretamente pelo Procurador JorgeAlém), pratica atos de quem não tem competência para autuar e representa a quem a tem.

Assinala-se, para eliminar quaisquer dúvidas, que a nova atitude do MPF não decorre de algum desligamento dos AFTN de suas funções junto àquele órgão, pois até pelo menos 19 de outubro de 1998 eles continuavam à disposição do Ministério Público, conforme consta do ofício datado de 10 de novembro de 1998, firmado pelo Procurador da República Januário Paludo , verbis:

“1. Por força de decisão judicial constante nos autos {*refere-se aos autos n.º 98.0016335-2*}, o servidor Luiz Antônio Caetano, da Inspetoria da Receita Federal em São Paulo, **prestou serviços técnicos ao Ministério Público Federal e ao Juízo no período de 13-08-1998 a 19-10-1998, ...**” (grifou-se).

Finalizando, estando a existência da requisição/cessão dos AFTNs positivada documentalmente e reconhecida inclusive judicialmente, a conclusão que se impõe é que: **quem estava procedendo aos lançamentos tributários era o Parquet (o Ministério Público) e não a Receita Federal.**

Deste modo, o procedimento fiscal padece do vício de **“nulidade absoluta —por incompetência— da autoridade fiscalizadora e lançadora**, ab initio e in totum, eis que todos os seus atos foram dependentes e conseqüentes dessa incompetência primordial, nos termos do art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, *verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Processo nº. :10980.009439/97-71

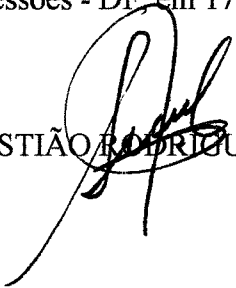
Acórdão nº. :101-92.612

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.”

Meu voto, pois, é no sentido de que sejam declarados nulos os lançamentos tributários contestados.

Sala das Sessões - DF, em 17 de março de 1999.


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10980.009439/97-71
RECURSO Nº : 117920
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS - EXS: DE 1994 A 1996
RECORRENTE : NORDESTE - IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ EM CURITIBA(PR)
SESSÃO DE : 17 DE MARÇO DE 1999
ACÓRDÃO Nº : 101-92.612

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não concordo com o voto proferido pelo nobre relator.

O Auto de Infração foi lavrado pelos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional LUIZ ANTONIO CAETANO e KURT THEODOR KRAUSE porque estavam cedidos para outro órgão que não tem a competência legal para cumprir o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, na fase de preparo para o julgamento do litígio, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba(PR) constatou que o lançamento estava incompleto porquanto não constava do referido Auto de Infração, o agravamento do percentual de arbitramento de lucro estabelecido no artigo 7º da Portaria nº 524, de 24 de setembro de 1993 e o processo administrativo fiscal foi devolvido para a Delegacia da Receita Federal em Curitiba(PR).

A Delegacia da Receita Federal em Curitiba(PR), providenciou a lavratura de um novo Auto de Infração, devidamente assinado pelos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional ALOISIO ANTONIO DE OLIVEIRA e FLÁVIO AYRES DA S. PEREIRA que estão lotados e em exercício na Delegacia e portanto tem competência legal para validar o Auto de Infração.

Assim, o Auto de Infração foi lavrado por dois servidores competentes para tal mister e contem todos os elementos indispensáveis para a formalização da exigência do crédito tributário estabelecidos no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 que regula o processo administrativo fiscal e, portanto, não vejo motivo para declarar a nulidade do lançamento.

PROCESSO Nº : 10980.009439/97-71
ACÓRDÃO Nº : 101-92.612 - DECLARAÇÃO DE VOTO

O relator explicita no seu voto que quando a investigação foi realizada pelos auditores fiscais a disposição de outro órgão mas se o Auto de Infração foi lavrado pelos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional lotados e em exercício nas Delegacias da Receita Federal com competência para promover a fiscalização, o lançamento está correto.

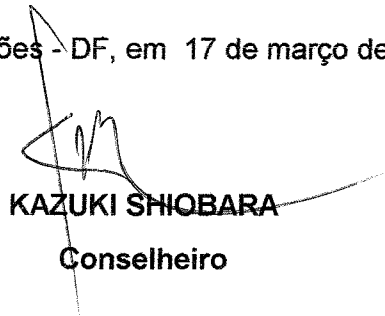
O digno relator está sendo, no mínimo incoerente, porquanto o caso dos autos não diferem em nada das hipóteses em que os auditores fiscais procedem as investigações e faz a representação para o órgão lançador.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba é um órgão com competência para julgamento e não para proceder lançamento ou retificação de lançamento e portanto, a sugestão para agravamento do coeficiente de arbitramento de lucro não constitui lançamento e nem aperfeiçoamento de lançamento.

O lançamento foi providenciado pela Delegacia da Receita Federal de Curitiba(PR), no uso de competência atribuída pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional e, portanto, supriu o **vício formal** contido no Auto de Infração, inicialmente lavrado pelo servidor incompetente.

Com estas considerações, tomo a liberdade manifestar a divergência sobre o tema em exame.

Sala das Sessões - DF, em 17 de março de 1999



KAZUKI SHIOBARA

Conselheiro

Processo nº. :10980.009439/97-71
Acórdão nº. :101-92.612

INTIMAÇÃO

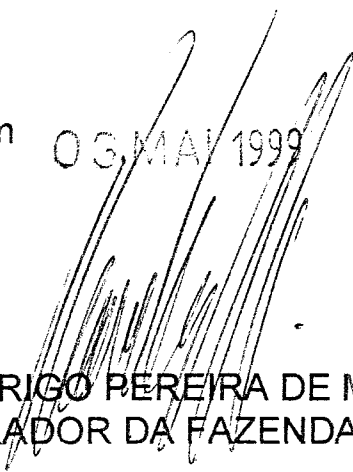
Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº. 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17.03.98).

Brasília - DF, em 19 ABR 1999


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em

03 MAI 1999


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL