
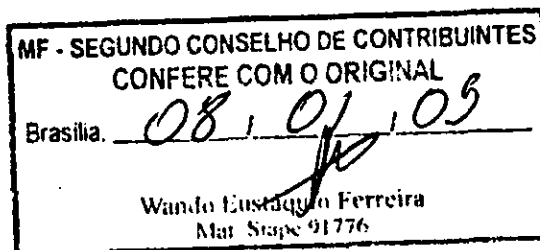
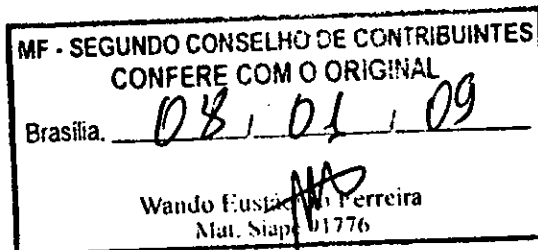
  
GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO  
Presidente

  
FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.





## Relatório

Em 17.12.1996, foi lavrado Auto de Infração contra a contribuinte BPS Automação e Serviços Ltda. (CNPJ 53.767.430/0001-08) exigindo o recolhimento de crédito tributário de Cofins no valor de R\$ 179.985,72 (atualizado até 29.11.1996), composto da seguinte forma:

Contribuição: R\$ 73.316,62

Juros de mora: R\$ 33.352,48

Multa proporcional: R\$ 73.316,62

O lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos no período de abril/1992 a outubro/1993. De acordo com o Auto de Infração, a contribuição não foi recolhida nos prazos especificados na legislação, em especial na Lei Complementar nº 70/91.

O auto de infração em questão foi lavrado com a exigibilidade suspensa, uma vez que a contribuinte era autora de ação judicial (Medida Cautelar nº 92.0094042-0), pendente de decisão, na qual houve o depósito judicial das importâncias discutidas.

Em 16.01.1997, a contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, alegando, em síntese, que:

a) a base de cálculo da Cofins prevista na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 70/91 é o faturamento, restando claro que apenas as empresas que emitem faturas se sujeitam à incidência de tal tributo. Não pode o aplicador da lei alterar o conceito de faturamento consagrado pelo direito comercial de forma a ampliar ou reduzir seu alcance. Foi invocada doutrina a fim de esclarecer o conceito de "faturamento".

b) tributação sobre base de cálculo diversa daquela prevista na Constituição e consagrada pelo direito comercial implicaria em verdadeiro confisco, uma vez que tal cobrança não seria condizente com a real capacidade contributiva da contribuinte.

c) possuía decisão em ação judicial (Medida Cautelar nº 92.94042-00, 12ª Vara da Justiça Federal em São Paulo) permitindo o depósito das quantias ora discutidas. A ação encontrava-se então sob apreciação do Tribunal Regional Federal. Ora, uma vez que o valor principal da exação em comento foi depositado em juízo, não se poderia exigir os mesmos créditos acrescidos de multa de ofício e juros de mora – pois não houve mora no caso.

d) houve a conversão em renda da União de todos os valores depositados e, uma vez que esta conversão é modalidade de extinção do crédito tributário, conforme art. 156 do CTN, conseqüentemente, não há mais valores a serem exigidos da contribuinte.

Em sessão de 21.10.2003, a 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador – BA acordou, por unanimidade de votos, por rejeitar as preliminares

argüidas e considerar procedente em parte o lançamento relativo à Cofins, nos seguintes termos:

a) a lavratura do auto de infração em questão se deu para fins de prevenir a decadência, uma vez que o prazo decadencial flui independentemente de estar ou não suspensa a exigibilidade do crédito tributário ou estar ou não a matéria em discussão judicial. Ademais, a legislação que rege o lançamento tributário determina que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme art. 142 do CTN. A existência de medida judicial na qual há suspensão da exigibilidade de um crédito não impede a constituição deste, salvo na hipótese de ordem expressa impedindo a lavratura de auto de infração.

b) ao contrário do que alega a contribuinte, o conceito de faturamento foi perfeitamente delimitado pelo art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, abaixo transcrito:

*"Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

*Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:*

*a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*

*b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente".*

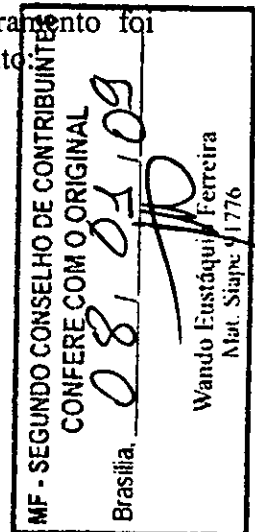
Observou ainda que a empresa tem por objeto social "a importação, exportação, distribuição, automação, representações de comércio de máquinas e equipamentos de escritório em geral, computadores, impressoras, periféricos... e comércio de artefatos gráficos em geral; a compra de ingressos padronizados... Manutenção e a prestação de serviços técnicos inerentes aos produtos de seu comércio". Ou seja, a contribuinte desempenha atividades sujeitas à tributação pela Cofins.

c) não cabe ao julgador administrativo manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis, uma vez que tal matéria é de competência exclusiva do poder judiciário. Os órgãos administrativos devem limitar-se a seguir os comandos legais vigentes, uma vez que, em nosso sistema jurídico, as leis gozam de presunção de constitucionalidade.

d) a ação interposta pela empresa foi extinta pelo Tribunal Regional Federal, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, XI, c/c art. 808, I do CPC, uma vez que, nos casos de ação cautelar preparatória, a lei prescreve a obrigatoriedade do ajuizamento de ação principal no prazo de 30 dias a contar da data em que foi efetivada a medida, providência esta que não foi tomada pela contribuinte. Sem a propositura de ação principal, ineficaz é a medida cautelar. Assim, foi requerida a conversão dos depósitos em renda da União Federal.

e) a Medida Provisória nº 2.158-34/2001 alterou o art. 63 da Lei nº 9.430/96, dando-lhe a seguinte redação:

*"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”.*

Conforme voto constante nas fls. 156 e 157:

*“Ante à imputação dos depósitos judiciais aos valores dos créditos tributários, feitas neste voto, calculados a partir das bases de cálculo não questionadas e informadas pela interessada (fls. 138/147), verificou-se que esta não efetuou os depósitos no seu montante integral. Cumpre assinalar que somente o depósito judicial da exigência no seu montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN) art. 151, II, e obedecidos os vencimentos fixados na respectiva legislação. Deste modo, verifica-se que cabe a aplicação da multa de ofício no lançamento em causa sobre a parcela não acobertada pelos depósitos judiciais, remanescentes (fl139) (sic)”.*

Uma vez que, de acordo com o CTN (art. 106, inc. II, al. “c”), a lei tributária aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, desde que tal ato não tenha sido definitivamente julgado, não se pode cobrar a multa de ofício sobre os valores acobertados por depósito judicial.

f) no que concerne aos valores do crédito tributário não acobertados pelos depósitos judiciais (totalizando 7.191,60 UFIR), cabe o lançamento de multa de ofício, que de acordo com a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, seria de 100%. Foi notado, porém, que o art. 44, inc. I, da Lei nº 9.430/96 estabeleceu que a referida multa teria o percentual de 75% em situações semelhantes à presente. Assim, em face da já mencionada retroatividade benéfica da lei tributária, ao presente caso, aplicar-se-á a multa com o percentual menos gravoso à contribuinte, qual seja, a multa de 75% no lugar da multa aplicada de 100%.

g) quanto aos juros de mora, devem ser exigidos se o depósito foi efetuado após o prazo de vencimento do tributo. Assim, havendo conversão em renda da União Federal e sendo o depósito judicial efetuado dentro do prazo de vencimento do tributo, ocorre a extinção do crédito tributário. Foi assinalado, porém que é sempre cabível a aplicação de juros moratórios nos lançamentos destinados a prevenir a decadência, ainda que haja depósitos judiciais, uma vez que a autoridade administrativa não tem como supor que haverá a conversão do depósito em renda da União Federal, ainda que haja sentença favorável à Fazenda Nacional, até mesmo porque cabe exclusivamente ao juiz que preside a causa determinar tal conversão.

Assim, em face do exposto, decidiu o órgão julgador de instância inferior

*“Isto posto, voto por julgar procedente em parte i lançamento relativo a COFINS no valor equivalente a 73.316,62 UFIR (setenta e três mil, trezentas e dezesseis Unidades Fiscais de Referência e sessenta e dois centésimos), ao qual deverá ser alocado o eventual depósito convertido em renda da União acrescido dos juros de mora e multa de ofício incidente apenas sobre o valor desacobertado equivalente a 7.191,60 UFIR (sete mil, cento e noventa e uma Unidades Fiscais de Referência e sessenta centésimos), ressaltando que este percentual deve ser reduzido de 100% para 75%”.*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 08/01/09  
Wando Eustáquio Ferreira  
Mat. Signat. 91776

Em 11.10.2006, a contribuinte protocolizou, tempestivamente, Recurso Voluntário, alegando, em síntese, que:

a) preliminarmente, alega a contribuinte que a constituição do crédito tributário deveria ter sido, no presente caso, efetuada através de Notificação de Lançamento e não de Auto de Infração. Entende que a autuação, tal como foi feita, a estaria despojando de seus bens sem que lhe fosse oferecida qualquer oportunidade de defesa. Mais ainda, entende que “a autuação sem prévia anuência do acusado é nula”.

b) o agente fiscal teria apenas apontado a penalidade, sem, entretanto, apontar sua origem. Não há prova alguma demonstrando qual teria sido a infração cometida.

c) houve extinção do crédito tributário exigido pela conversão dos depósitos efetuados em renda da União.

d) não se pode aplicar a taxa Selic como taxa de juros moratórios, pois este indexador tem natureza remuneratória e não moratória. Foi invocada jurisprudência nesse sentido.

Mais ainda, a Selic foi criada e definida por resoluções do Banco Central e não por Lei, conforme exigência do art. 161, § 1º, do CTN, abaixo transcrito:

*“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”.*

Foi observado que a Lei nº 9.065/95 não criou a taxa Selic, mas apenas a aplicou.

Concluiu a contribuinte que a inaplicabilidade da taxa Selic acarretaria na nulidade do auto de infração ora discutido, uma vez que seus valores tornar-se-iam ilíquidos.

e) a multa de ofício aplicada, no montante de 75% do valor do crédito exigido tem claro caráter confiscatório, sendo claramente um abuso do poder fiscal. Foi exposta doutrina e jurisprudência nesse sentido.

Assim, face a todo o exposto, requereu a contribuinte o reconhecimento da nulidade do auto de infração em questão.

É o Relatório. *φ*

*φ*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08, 01, 09</u> Wando Eustáquio Ferreira Mat. S. 91776
--

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08, 01, 09</u> Wando Eustáquio Ferreira Mat. SIAPE 91776
---

## Voto

Conselheiro FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE, Relator

Conheço do recurso por ser tempestivo e cumprir os pressupostos de admissibilidade.

Como já mencionado, entende a contribuinte que a constituição do crédito tributário deveria ter sido efetuada através de Notificação de Lançamento e não de Auto de Infração. Assim, a autuação, tal como foi feita, a estaria despojando de seus bens sem que lhe fosse oferecida qualquer oportunidade de defesa. Mais ainda, entende que “a autuação sem prévia anuência do acusado é nula”.

Tais argumentos não merecem prosperar. Tanto o auto de infração quanto a notificação de lançamento são instrumentos para a constituição do crédito tributário colocados à disposição do Fisco pelo Decreto nº 70.235/72, cujo art. 9º traz a seguinte redação:

*“Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito”. (grifos nossos)*

Ora, parece-me que este dispositivo determina que - desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 10 (Auto de Infração) ou 11 (Notificação de Lançamento) - cabe ao fisco escolher o instrumento mais adequado para cada situação, visto que ambos se prestam à mesma finalidade: a constituição do crédito tributário.

Nesse sentido, observe-se a ementa abaixo, retirada de julgado proferido pela egrégia Segunda Câmara do Segundo Conselho dos Contribuintes:

“(…)

*AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. À luz do regramento procedimental vigente, o crédito tributário tanto pode ser formalizado através de NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO como de AUTO DE INFRAÇÃO. A teor das disposições contidas nos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 1972, se AUTO DE INFRAÇÃO, deve ser lavrado por servidor competente; se NOTIFICAÇÃO, deve ser expedida pelo órgão que administra o tributo.*

(…)” (Acórdão 202-18.738, sessão de 13.02.2008)

Note-se ainda que o auto de infração em questão possui todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito:

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 08, 01, 09  
Wando Fustaquy Ferreira  
Mat. Smpc 1776

- 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”.

Mais ainda, não há que se falar em nulidade da autuação pela ausência de anuência da contribuinte. Isso porque o procedimento de fiscalização é inquisitório, ou seja, dispensa a comunicação ao contribuinte. Transcrevo abaixo trecho de ementa de decisão proferida por esta Egrégia Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

*“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE SE LAVRATURA SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE. O procedimento fiscal é inquisitório e, por isso, não se lhe aplica a ampla defesa e o contraditório, nem há necessidade de notificação prévia ao contribuinte, antes de lavratura de auto de infração (...)”.* (Acórdão nº 203-12825, sessão de 09.04.2008)

Mas, ainda que a lavratura de auto de infração prescindia de notificação ao contribuinte, isso não significa que a contribuinte está “sendo despojada de seus bens sem qualquer oportunidade de defesa”, como alega, uma vez que lhe foi facultado discutir a autuação administrativamente, como está efetivamente ocorrendo. Ora, após a lavratura do auto de infração, pôde a contribuinte apresentar impugnação e, após o julgamento desta, o presente Recurso Voluntário, não havendo, portanto, como se afirmar que não houve oportunidade de defesa.

Cabe mencionar também que a contribuinte não está sendo despojada de seus bens, pois a exigibilidade do crédito tributário está suspensa até a decisão final do processo administrativo, conforme preconizado pelo art. 151, inc. III, do CTN.

Conclui-se, portanto, que não há que se falar em nulidade do auto de infração. Passo a analisar o mérito.

Alega a contribuinte que a conversão dos depósitos em renda da União teria extinguido o crédito tributário. Não é o que se depreende da análise dos autos. Note-se que, em seu Recurso Voluntário, a contribuinte limitou-se a apresentar argumentos vagos e genéricos referentes aos recolhimentos, não procurando demonstrar a suficiência destes e não confrontando o alegado na decisão de instância inferior. Observe-se ainda que a referida decisão não desconsiderou os valores referentes aos depósitos judiciais em momento algum, apenas ordenou que fossem cobrados os valores que excediam tais depósitos, como verifica-se do excerto abaixo, retirado da decisão proferida pela DRJ de Salvador – BA no presente processo administrativo (grifamos):

*“Isso posto, voto por julgar procedente em parte o lançamento relativo à Cofins no valor equivalente a R\$ 73.316,62 UFIR (setenta e*

*três mil, trezentas e dezesseis Unidades Fiscais de Referência e sessenta e dois centésimos), ao qual deverá ser alocado o eventual depósito convertido em renda da União, acrescido dos juros de mora e da multa de ofício incidente apenas sobre o valor desacobertado equivalente a 7.191,60 UFIR (sete mil, cento e noventa e uma Unidades Fiscais de Referência e sessenta centésimos)".*

Ou seja, assiste razão à contribuinte quando esta menciona que a conversão dos depósitos judiciais em renda extingue o crédito tributário, mas extingue este crédito apenas até o limite do valor depositado, assim, o crédito tributário que exceder o montante depositado deve ser regularmente cobrado.

A contribuinte também incorre em erro ao mencionar que o fiscal apontou a penalidade, sem que a origem desta fosse demonstrada. Ora, a infração consiste na insuficiência de recolhimento (ou depósito judicial) da Cofins, conforme foi exaustivamente demonstrado nos autos.

No que tange à aplicação da taxa Selic ao caso, o 2º Conselho de Contribuintes já se manifestou sobre a matéria, conforme Súmula nº 03, aprovada na Sessão Plenária de 18.09.2007 e publicada no DOU de 26.09.2007 e cujo conteúdo segue abaixo transcrito:

*"É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais".*

Assim, o assunto não comporta maiores digressões.

Quanto à aplicação de multa no montante de 75% do valor do tributo, deve-se notar que tal exigência decorre de previsão legal expressa neste sentido, conforme inciso I, da Lei nº 9.430/96:

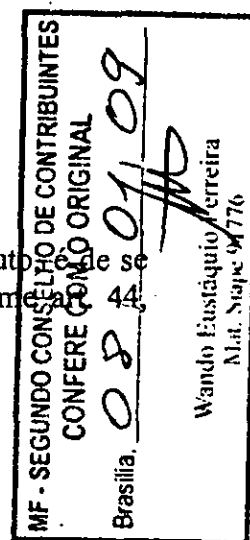
*"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexacta".*

Por derradeiro, cabe mencionar que a jurisprudência uníssona dos Conselhos de Contribuintes tem sido no sentido de que a multa pode ser aplicada, conforme se extrai da leitura dos julgados abaixo (grifos nossos):

*"MULTA DE OFÍCIO – Nos casos de lançamento de ofício, onde resultou comprovada a insuficiência do recolhimento de imposto, é exigível a multa de ofício no percentual de 75% por expressa determinação legal. O princípio constitucional que veda o confisco refere-se exclusivamente a tributos, não se aplicando às penalidades. (...)" (Acórdão 101-95775, 1º Conselho de Contribuintes – 1ª Câmara – Sessão de 22.09.2006)*

*"(...) Normas gerais de direito tributário. Multa isolada (75%). O princípio constitucional da vedação ao uso do tributo com efeito de*



*confisco não alcança as penalidades do direito tributário. A vedação ao confisco por meio da tributação visa coibir os excessos da administração tributária perante o contribuinte. A penalidade tem por fim reprimir os excessos do administrado em face da administração, inclusive com ações eminentemente confiscatórias".(Acórdão 303-34945, 3º Conselho de Contribuintes – 3ª Câmara – Sessão de 04.12.2007)*

*"(...) MULTA DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE. EFEITO DE CONFISCO. CONSTITUCIONALIDADE. Ante a existência de previsão legal é de se aplicar a multa de ofício em percentual de 75% nos casos em que não há recolhimento do tributo". (Acórdão 204-02349, 2º Conselho de Contribuintes – 4ª Câmara – Sessão de 25.04.2007)*

Assim, face a todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso e manter a decisão da DRJ, mantendo o lançamento tributário nos mesmos termos, inclusive com a aplicação da taxa Selic para correção dos créditos tributários e multa no montante de 75% dos valores não recolhidos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de setembro de 2008

  
FERNANDO MARQUES CLETO DUARTE

