



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 16327.001222/2004-39
Recurso nº 141.008 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.141 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2009
Matéria CPMF
Recorrente THE FIRST INTERNATIONAL TRADE BANK LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

Período de apuração: 01/07/1999 a 01/04/2004

RETENÇÃO. PAGAMENTO

A falta de retenção e/ ou pagamento da CPMF enseja o lançamento de ofício dos devidos, acrescidos das cominações legais nos termos da legislação tributária vigente.

NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

SÚMULA 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.

INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Súmula Nº 2. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de legislação tributária.

JUROS DE MORA

Sobre o crédito tributário devido e não-pago no vencimento é devido juros de mora independente de qualquer motivo.

MULTA DE OFÍCIO

Nos lançamentos de ofício, para constituição de crédito tributário incide multa punitiva calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo a legislação vigente.

ANALOGIA ALÍQUOTA ZERO. PRECLUSÃO

Consideram-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada na impugnação, não competindo ao Conselho de Contribuintes apreciá-la.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1999 a 16/09/1999

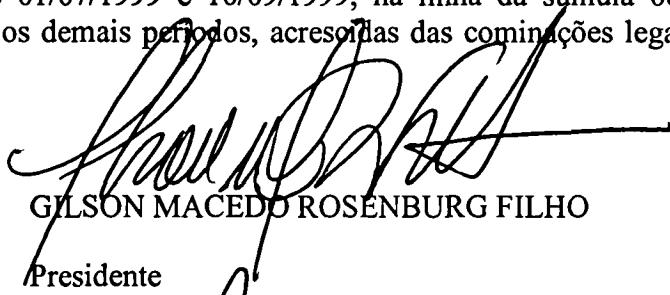
DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais, em face da Súmula nº 08, de 2008, editada pelo Supremo Tribunal Federal, passou a ser de cinco contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Recurso provido em parte.

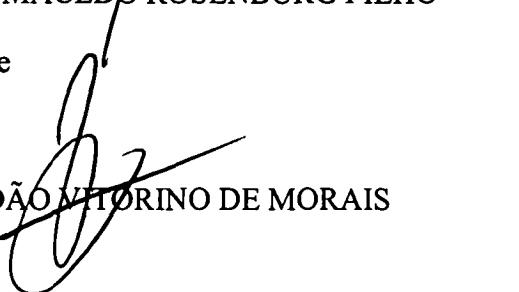
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2^a Câmara/1^a Turma Ordinária da 2^a Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso quanto à matéria referente ao tratamento isonômico com as instituições financeira, por estar precluída; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, para declarar a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos entre 01/07/1999 e 16/09/1999, na linha da súmula 08 do STF, mantendo-se a exigência para os demais períodos, acrescidas das cominações legais, nos termos do voto do Relator.



GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Presidente



JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Andréia Dantas Moneta Lacerda (Suplente), Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Contra a recorrente acima, foi lavrado o auto de infração às fls. 04/62, exigindo-lhe crédito tributário, no valor total de R\$ 202.760,97 (duzentos e dois mil setecentos e sessenta reais e noventa e sete centavos), assim distribuído: R\$ 90.781,53 de CPMF, referentes aos fatos geradores ocorridos entre 01/07/1999 e 01/04/2004; R\$ 43.894,21 de juros

de mora, calculados até 31/08/2004; e R\$ 68.085,23 de multa de ofício passível de redução, por falta de retenção/pagamento da contribuição devida.

O lançamento corresponde à CPMF não retida e não recolhida por força de medida judicial posteriormente revogada. O valor foi apurado conforme as informações prestadas pelo Banco Bradesco, inscrito no CNPJ 60.746.948/0001-12, Banco Safra, inscrito no CNPJ 58.160.789/0001-28 e Banco Santander, inscrito 61.411.633/0001-87.

Ainda, segundo a autuação, “*embora a contribuinte tenha interposto Recurso Extraordinário contra o acórdão prolatado pela Quarta Turma do TRF 3ª Região, tal recurso possui somente o efeito devolutivo e, dessa forma, a exigibilidade do crédito tributário já não se encontra suspensa desde a publicação daquele acórdão. Por tal razão, quando do início da ação fiscal o tributo já era plenamente exigível e, portanto, o lançamento foi efetuado com a multa de ofício, uma vez que não existem outras medidas que suspendam a exigibilidade dos créditos tributários aqui constituídos e que o contribuinte não efetuou pagamento algum da exação.*”

Cientificada do lançamento em 21/09/2004 (fl. 179) e intimada a recolher o crédito tributário, a recorrente interpôs a impugnação às fls. 180/192, requerendo o seu cancelamento, alegando, em síntese, razões que foram assim sintetizadas pela DRJ em Campinas, *in verbis*:

“*Em preliminares, alega inicialmente que, em face dos disposto nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, teria ocorrido a prescrição parcial do crédito tributário constituído. Em suas palavras:*

Em tendo sido efetivada a intimação via postal da Impugnante em data de 21.09.04, tem-se que, nos dizeres mandamentais contidos na Lei Complementar que insitui o CTN – Código Tributário Nacional, em seus artigos 173 e 174, de aplicabilidade inofismável à matéria atinente à constituição do crédito tributário, todos e quaisquer débitos inerentes à CPMF cujos fatos geradores ocorreram anteriormente a 21.09.1999 não poderiam ser objeto do procedimento administrativo ora impugnado, por se encontrarem atingidos pelo instituto da prescrição quinquenal.

Com efeito, tendo sido interrompido o lapso prescricional com a intimação da Impugnante na data sobredita, conforme ocorreu no caso concreto (Artigo 174, Parágrafo único, IV, CTN), uma vez retroativamente computado o transcurso de um quinquênio nos termos preceituados pela sobredita legislação de regência, emerge sem qualquer efeito a cobrança dos valores constantes do corpo do Auto de Infração em tela cujos fatos geradores ocorreram entre 01.07.1999 e 21.09.1999, os quais passam a ser desde logo desconsiderados para fins da discussão ora instalada. [destaques no original]

Ainda em preliminares, alega a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235, de 07 de março de 1972, por incompetência da autoridade fiscal. Esclarece ser pessoa jurídica cujo ramo de atividade essencial consiste na aquisição de direitos creditórios, ou seja o chamado “factoring puro”. Assim, não pode ser considerada como instituição financeira. Conseqüentemente, não teriam competência para a ação fiscal os Auditores Fiscais da Receita Federal em exercício na Delegacia Especial das Instituições Financeiras.

Também em sede de preliminares, após relatar os trâmites e decisões proferidas em sua ação judicial, sustenta que, tendo a falta de retenção e

recolhimento da contribuição se verificado durante período em que a exigibilidade do crédito tributário se encontrava suspensa, seriam indevidos a multa e juros moratórios, pois não teria ocorrido mora, que somente existiria em casos de retardamento sem causa ou injusto da obrigação, etc. Discorre sobre o tema e conclui:

De tudo o que acima se arrazoou, ainda que fosse exigível o valor principal indicado no mesmo Auto ora sob Impugnação – o que se alega “*ad argumentandum tantum*” mesmo porque a Decisão do TRF contra a qual se insurgiu a Impugnante mediante o Apelo extremo não transitou em julgado –, chega-se à inevitável ilação de que são incabíveis “in casu” as exigências de **MULTA** e **JUROS MORATÓRIOS**, posto que referidos encargos estão sendo cobrados em decorrência de um retardamento no pagamento o qual ocorreu por força de ordem judicial, e não em razão de ato, fato ou omissão imputáveis à Impugnante. [destaques no original]

Inicia a discussão relativa ao mérito da exigência discorrendo novamente sobre o mandado de segurança que ajuizou contra a CPMF, as razões da impetração, as decisões proferidas, recursos, etc. Entende que a lavratura do auto de infração teria sido precipitada, pois a decisão proferida pelo Poder Judiciário ainda não teria transitado em julgado.

Prossegue alegando que a cobrança da CPMF seria ilegal e inconstitucional desde sua instituição, pois violaria os princípios da anterioridade e o direito de propriedade. O tributo questionado não teria natureza de contribuição, mas sim de imposto. Assim, sua cobrança importaria em diminuição parcial do patrimônio [do particular] através de um imposto que não tem fato gerador legitimado pelo Código Tributário Nacional. Mesmo admitindo-se que tivesse a natureza de contribuição social, a inconstitucionalidade persistiria desde a origem, uma vez que sua instituição somente poderia se dar por meio de lei complementar, em face do disposto nos artigos 195, § 4º, e 154, I, da Constituição Federal.

Alega ainda a inconstitucionalidade da exigência da CPMF com base na Emenda Constitucional nº 21, de 1999. Entende que a vigência das Leis nº 9.311, de 1996, e nº 9.539, de 1997, já extintas quando da publicação da referida emenda, não poderia ter sido por esta prorrogada. Sustenta ainda que teriam ocorrido vícios na tramitação da referida emenda constitucional.”

Analizada a impugnação, aquela DRJ rejeitou as preliminares de decadência e de nulidade do lançamento e, no mérito, julgou-o procedente, conforme Acórdão nº 05-17.331, datado de 23/04/2007, às fls. 242/257, assim ementado:

“CPMF. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial da CPMF é de dez anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito tributário poderia ter sido constituído.

AÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA.

A competência específica das unidades da Secretaria da Receita Federal para fiscalização dos contribuintes sob sua jurisdição é definida por atos dimanados da superior administração da SRF. As Delegacias Especiais de Instituições Financeiras compete a fiscalização das empresas de factoring com domicílio fiscal nas áreas das respectivas jurisdições.

***DISCUSSÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.
CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RENÚNCIA À
DISCUSSÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA.***

A busca da tutela do Poder Judiciário não obstrui a constituição do crédito tributário pela autoridade tributária e acarreta a renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade a quem caberia o julgamento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

***LANÇAMENTO. AÇÃO JUDICIAL. LIMINAR REVOGADA OU
CASSADA. MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.***

É cabível a multa de ofício nos lançamentos de crédito tributário cuja exigibilidade não estiver suspensa nos termos do art. 151, IV e V do CTN.

LANÇAMENTO. JUROS DE MORA.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. Os juros são calculados pela taxa Selic por expressa previsão legal."

Inconformada com a decisão de primeira instância, a recorrente interpôs tempestivamente o recurso voluntário às fls. 270/282, requerendo a sua reforma a fim de que seja cancelado o lançamento, alegando, em síntese: I) em preliminar: I.1) a inaplicabilidade da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, e legislação correlata, para deixar de tomar conhecimento de mérito da matéria relativa a sua sujeição à CPMF, sob o fundamento de que a propositura de ação judicial por ela não implicou renúncia às instâncias administrativas, uma vez que esta não pode ser presumida; I.2) que o controle de constitucionalidade da legislação que fundamentou o lançamento deve analisado nas instâncias administrativas, no presente caso, a suscitada inconstitucionalidade dos dispositivos que fundamentaram o lançamento, aplicando em seu lugar as normas constitucionais; II.3) a inaplicabilidade da multa de ofício e dos juros de mora porque estava amparada por liminar que a desobrigava do pagamento da CPMF e, consequentemente, suspendera a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do CTN, art. 151, IV; e, II; e, no mérito: II.1) inconstitucionalidade da cobrança da CPMF nos moldes da Lei nº 9.311, de 1996, e da Emenda Constitucional (EC) nº 21, publicada no Diário Oficial da União de 19/03/1999, em face do vício formal que ocorreu na tramitação desta Emenda; e, II.2) a sua equiparação, por analogia, com as instituições que estão sujeitas à alíquota zero nas operações enumeradas no art. 8º da Lei nº 9.311, de 1996, que instituiu a CPMF, estendendo tal alíquota às operações de factoring, objeto de sua atividade econômica.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

A recorrente suscitou como preliminares: 1) a inaplicabilidade da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38; 2) o controle de constitucionalidade da legislação da CPMF; e, 3) a inaplicabilidade da multa de ofício e dos juros de mora.

Em relação à inaplicabilidade da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, que prevê a renúncia às instâncias administrativas, em face de interposição de ação judicial como o mesmo objeto, bem como ao controle de constitucionalidade de leis, as razões de mérito expendidas no recurso voluntário ficaram prejudicadas por se tratar de matérias já sumuladas por este Segundo Conselho de Contribuintes, súmulas nº1 e nº 2 que assim dispõem, in verbis:

“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.

SÚMULA Nº 2. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de legislação tributária.”

Dessa forma, aplica-se ao presente caso as respectivas súmulas.

Quanto às exigências da multa de ofício e de juros de mora, na realidade matérias de mérito, ao contrário do entendimento da recorrente, no caso da penalidade, esta somente é inaplicável quando o crédito tributário constituído estiver com a exigibilidade suspensa, conforme estabelece a Lei nº 9.430, de 1996, art. 63, que assim dispõe, *in verbis*:

“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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.”

Ora, no presente caso, o crédito tributário não foi constituído com o objetivo de prevenir a decadência e sim de exigí-lo imediatamente. Além disto, na data da lavratura do

auto de infração e da sua constituição, em 21/09/2004, a recorrente não mais se encontrava amparada pela liminar que havia suspendido a retenção/recolhimento da CPMF.

Conforme informado pela autoridade autuante, mais especificamente na descrição dos fatos (fls. 183/184), a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação interposto pela União Federal, em acórdão publicado no dia 06/06/2003. Assim, a sentença concessiva da segurança já tinha sido reformada antes da lavratura do auto de infração do qual a contribuinte foi cientificada em 21/09/2004, e antes mesmo do início da ação fiscal que, conforme AR de fl. 65, se deu em 25/04/2004, com a ciência do Termo de Início de Fiscalização de fl. 64.

Assim, não há que se falar na exclusão da multa de ofício por força do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, transrito anteriormente.

A multa lançada e exigida teve como fundamento o art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996, que determina:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)"

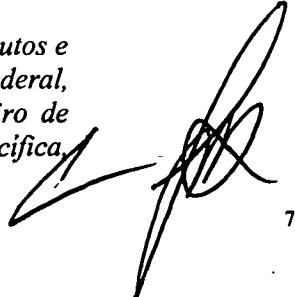
Já em relação aos juros moratórios, estes somente seriam inexigíveis se a recorrente tivesse efetuado os depósitos tempestivos, em montantes integrais, dos valores do crédito tributário em discussão. Contudo, não o fez.

O CTN determina que o crédito tributário não-pago no vencimento deve ser acrescido destes, independentemente do motivo do não-pagamento tempestivo, assim dispondo, *in verbis*:

"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." (grifo não-original)

Já a Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 3º, assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica,



serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 3 - Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.”

O § 3º do art. 5º a que se refere o dispositivo acima determina que os juros sobre os créditos tributários não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulada mensalmente.

A analogia solicitada para que se aplique às operações de factoring a alíquota de 0,0 % (zero por cento) prevista para as operações praticadas por instituições financeiras, enumeradas no art. 8º da Lei nº 9.311 de 1996, constitui matéria preclusa por não ter sido oposta na impugnação. Assim, nesta fase do julgamento não se toma conhecimento dela.

A fase litigiosa do procedimento se instaura com a interposição da impugnação quando então deveriam ter sido contestadas, conforme estabelece o Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 15. Também, o art. 17 deste mesmo diploma legal estabelece, que “*considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante*”.

Finalmente, embora não suscitada no recurso voluntário, mas tão somente na impugnação, por se tratar de matéria de ordem pública, deve-se analisar, se na data de constituição do crédito tributário, em 21/09/2004, já havia ocorrido ou não a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário referente ao período de competência abrangido pelo lançamento

Naquela data, vigia a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que estabelecia o prazo de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, para a Fazenda Pública constituir crédito tributário referente a contribuições destinadas à seguridade social, como no presente caso.

No entanto, em julgamento ocorrido em 11 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 45 daquela lei e, ainda, aprovou na sessão plenária realizada em 12/06/2008 a Súmula Vinculante nº 08, que assim estabelece, *in verbis*: “*São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”. Assim, aplica-se ao presente caso, em relação à decadência, o disposto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, § 4º, que assim determina, *in verbis*:

“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.

(...).”

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, de acordo com este dispositivo legal, o lançamento correspondente aos fatos geradores ocorridos entre as datas de 01/07/1999 e 16/09/1999, na data de constituição do crédito em discussão, em 27/12/2005, não poderia mais ser exigido, devendo tais valores serem excluídos do lançamento mantido.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, dou provimento parcial ao presente recurso, para que se cancele o lançamento correspondente aos fatos geradores ocorridos entre as datas de 01 de julho a 16 de setembro de 1999, inclusive, mantendo-se a exigência para os demais períodos, acrescidas das cominações legais, juros de mora e multa de ofício.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2009

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS