

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07, 05, 07
Kléry Côrtes da Cruz
Mat.: Agil 3942

CC02/C01
Fls. 963



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 10120.007069/2004-93
Recurso nº 130.007 De Ofício e Voluntário
Matéria COFINS
Acórdão nº 201-79.515
Sessão de 22 de agosto de 2006
Recorrentes DRJ EM BRASÍLIA - DF E EXPRESSO SÃO LUIZ LTDA.

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial de 15, 05, 07
Rubrica

Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2004.

Ementa: MPF. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS.

A verificação obrigatória de correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos, alcança a fiscalização da Cofins.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontram plenamente assegurados.

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRAZO.

O prazo para a Fazenda Nacional exercer o direito de fiscalizar e constituir, pelo lançamento, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, é o fixado no art. 45 da Lei nº 8.212/91, à qual não compete ao julgador administrativo negar vigência.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.
APLICAÇÃO.

A aplicação da multa de ofício agravada para 150% depende da comprovação pela autoridade lançadora do evidente intuito de fraude.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO.

flu

W

Processo n.º 10120.007069/2004-93
Acórdão n.º 201-79.515

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL			
Brasília,	07	05	107
Idirley Gomes da Cruz Mat.: Agil 3942			

CC02/C01
Fls. 964

A exigência da taxa Selic como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo a autoridade administrativa afastar a sua pretensão.

Recursos: de ofício negado e voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em negar provimento ao recurso de ofício; e II) em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício, nos anos de 2000 e 2001, para 75%. Fez sustentação oral, pela recorrente, o Dr. Paulo Adriano Elias Magalhães.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente

Walber José da Silva
WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gileno Gurjão Barreto, Maurício Taveira e Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas e Roberto Velloso (Suplente).

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBuintES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07/05/07
Idirley Gomes da Cruz
Mat.: Agr 3942

Relatório

Contra a empresa EXPRESSO SÃO LUIZ LTDA. foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de Cofins, no valor de R\$ 3.526.194,10, relativa ao período de 02/1999 a 06/2004, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a interessada declarou em DCTF valores menores do que os apurados com base em seus livros fiscais e contábeis.

Tempestivamente a contribuinte insurge-se contra a exigência fiscal, conforme impugnação às fls. 813/837, cujos argumentos de defesa estão sintetizados às fls. 853/854 do acórdão recorrido.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília - DF manteve o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/BSA nº 12.988, de 25/02/2005, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004.

Ementa: MPF. PERÍODO FISCALIZADO.

A autoridade lançadora estava autorizada pelo MPF-F a realizar o procedimento de verificação obrigatória para os anos-calendários objeto do lançamento, nos termos do disposto no parágrafo 1º. do art. 7º., e no art. 10 da Portaria no. 3.007/2001.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Identificada diferença entre valores escriturados e pagos correto é o lançamento.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA -- Preterição do direito de defesa decorre de despachos ou decisões e não da lavratura do ato ou termo como se materializa a feitura do auto de infração sendo incabível a alegação de cerceamento de defesa se nos autos existem os elementos e provas necessários à solução do litígio e a infração está perfeitamente demonstrada e tipificada

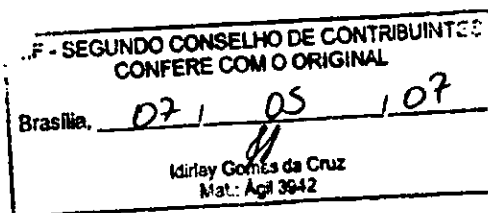
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - A aplicação da multa de ofício agravada para 150% depende da comprovação pela Autoridade Lançadora do evidente intuito de fraude.

Lançamento Procedente em Parte".

Cientificada da decisão de primeira instância em 17/03/2005, fl. 880, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 08/04/2005, no qual, em síntese, argumenta que:

1 - não houve emissão de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF para o lançamento da Cofins, relativa aos períodos de apuração compreendidos entre 02/1999 e 06/2004;

(W)



2 - o Termo de Início de Ação Fiscal, bem como as intimações feitas no curso da fiscalização foram assinados por contadores da recorrente, pessoas estas que não possuem poderes de representação, o que caracterizou cerceamento do direito de defesa;

3 - nos períodos de apuração de 02/1999 a 10/1999 ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Nacional lançar a Cofins, nos termos dos arts. 150, § 4º e 156, inciso V, do CTN;

4 - que as autoridades autuantes não lograram provar que a recorrente tenha praticado ação ou omissão dolosa suscetível de autorizar o lançamento da multa de ofício agravada, mantida pelo acórdão recorrido;

5 - a taxa Selic não foi criada por lei; é um instrumento do mercado financeiro e não para matéria tributária, pois seu objetivo é de remunerar o capital investido em títulos públicos, de forma que sua incidência sobre o tributo se afigura ilegal;

6 - a multa punitiva de 150% sobre o valor da Cofins, não recolhida, a par de ter caráter confiscatório, atenta contra os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da legalidade.

Consta dos autos que o arrolamento de bens está sendo controlado no Processo nº 10120.002759/2005-37 (fl. 956/957), permitindo o seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72, com a alteração da Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 27/06/2006, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 962.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07 / 05 / 07
Kirley Gomes da Cruz
Mat.: Agil 3942

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, está instruído com a garantia de instância, e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço.

A recorrente não contesta a base de cálculo e o valor da contribuição lançada.

Em sua defesa levanta três preliminares: (i) alega a nulidade do feito por desobediência aos ditames da Portaria nº 3.007, de 2001; (ii) nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa; e (iii) decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário para os fatos geradores ocorridos entre fevereiro e outubro de 1999.

No mérito, (i) contesta a imposição da multa de ofício agravada, por inoportunidade de dolo; (ii) alega que a multa de ofício é confiscatória e (iii) propugna pela inaplicabilidade da taxa Selic no cálculo dos juros de mora por não ter sido criada por lei e não se aplicar em matéria de natureza tributária.

Sobre a primeira preliminar de nulidade do auto de infração, entendo que o Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pela Portaria SRF nº 1.265, de 1999 (atualmente, compilada na Portaria nº 3.007, de 2001), é apenas um instrumento de controle administrativo e teve o objetivo de regular a execução dos procedimentos fiscais, mas não aborda aspectos relacionados com a competência para constituição do crédito tributário pelo lançamento.

É imprescindível destacar que o regramento acerca do Mandado de Procedimento Fiscal não se sobrepõe à atividade vinculada e obrigatória a que estão submetidos os agentes tributários. A obrigatoriedade do lançamento tributário, sob pena de responsabilidade funcional, constatada irregularidade cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, deflui do Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142, parágrafo único, conforme transcrição a seguir.

"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". (grifos acrescidos)

(...)

"Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Como não poderia deixar de ser, tem se sedimentado neste Segundo Conselho de Contribuintes o entendimento no mesmo sentido, isto é, sendo o MPF instrumento de mero controle administrativo, eventuais irregularidades em sua emissão ou utilização não têm o condão de macular o auto de infração. Cito, a título exemplificativo, os seguintes Acórdãos desta Primeira Câmara: 201-77.567, de 17/03/2004; 201-77.576, de 13/04/2004; 201-77.665, de 16/06/2004 e 201-77.931, de 19/10/2004.

WJ

PAF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07 / 05 / 07
<i>[Assinatura]</i> Kirley Gomes da Cruz Mat.: Apl 3942

No caso concreto, sequer houve falhas na emissão do MPF. Como bem disse a decisão recorrida, a ordem para proceder as verificações obrigatórias de todos os tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, nos últimos cinco anos, está consignada expressamente no MPF n.º 01.2.01.00-2003-00855-2 – fl. 01.

Concluo que não foram feridos os arts. 7º, 10 e 59 do Decreto n.º 70.235/72, que regula o PAF. Portanto, voto no sentido de não admitir a preliminar de nulidade do lançamento argüida pela recorrente.

Entende a recorrente que houve cerceamento do seu direito de defesa porque as intimações, feitas no curso da fiscalização, foram assinadas por seus contadores, que não possuíam poderes de representação.

É inquisitório o procedimento fiscal que antecede o lançamento. Nesta fase não há litígio, não há contraditório, o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco. O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art. 142).

Todas as intimações fiscais realizados no curso da fiscalização o foram por autoridade competente e dela, de fato, a recorrente tomou conhecimento, independente de quem as recebeu tinha ou não autorização expressa e específica para tal. Para atingir seu fim, basta que as intimações cheguem ao conhecimento da intimada, inclusive via preposto seus. E isto de fato ocorreu e a recorrente não nega que tomou conhecimento das intimações recebidas por seus prepostos.

Ademais, somente há sentido em falar em cerceamento do direito de defesa após a lavratura do auto de infração e, em especial, quando da impugnação, que instaura a fase litigiosa, quando passam a ser aplicáveis os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No caso dos autos, a ampla defesa e o contraditório foram garantidos à recorrente, que impugnou livremente o feito, argüiu várias razões de fato e de direito e trouxe as provas que entendeu cabíveis.

Por estas razões, além das argüidas na decisão recorrida, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, suscitada pela recorrente.

Quanto à preliminar de decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário pelo lançamento, para os fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 1999, entendo que a Decisão atacada não merece reparo posto que enfrentou, com clareza e precisão, os argumentos da recorrente.

A Lei n.º 8.212/91, em seu art. 23, em consonância com o comando contido no art. 56 do ADCT da CF/88, discrimina as contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social e, dentre elas, está a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, sucessora do Finsocial, *verbis*:

“Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22 são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

[Assinatura]

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	<u>07</u> / <u>05</u> / <u>07</u>
Kléber Gomes da Cruz Mat.: Aq13942	

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22, do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores; (Redação original. Alterado pela Lei Complementar nº 70/91)

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990. (Redação original. Alterado pela Lei nº 9.249/95)

§ 1º- No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento). (Redação original. Alterado pela Lei Complementar nº 70/91 e pela Lei nº 9.249/95).

§ 2º- O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25."

Também a Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 10, determina que o produto da arrecadação da Cofins integra o Orçamento da Seguridade Social, *verbis*:

"Art. 10. O produto da arrecadação da contribuição social sobre o faturamento, instituída por esta lei complementar, observado o disposto na segunda parte do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, integrará o Orçamento da Seguridade Social."

Integrando a Cofins a receita da Seguridade Social, por força do art. 56 do ADCT e legislação acima citada, há que se submeter à legislação que organiza a Seguridade Social e dispõe sobre o seu Plano de Custeio. Tal regulamentação foi incluída no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, onde, em seu art. 45, fixa em 10 anos o prazo para a Seguridade Social constituir o crédito tributário pelo lançamento:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

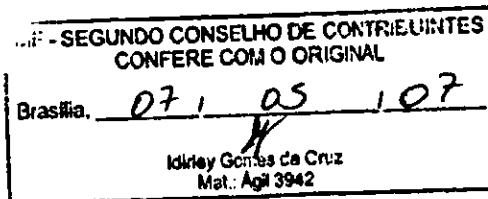
II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

Evidentemente que o instituto da decadência é um tema muito controverso no direito tributário pátrio, especialmente a da Cofins. Por esta razão, é natural que existam decisões, tanto no âmbito administrativo como no judicial, conflitantes.

Como é cediço, as decisões judiciais e administrativas produzem efeitos apenas entre as partes, não tendo efeito vinculante.

Por fim, devo enfatizar que a boa técnica legislativa reza que uma norma jurídica não deve encerrar contradição entre seus próprios dispositivos. Evidentemente, se o § 4º do art. 150 do CTN autoriza o legislador ordinário fixar outro prazo, que não o de cinco anos, para homologar o lançamento é porque dentro deste outro prazo é possível efetuar o lançamento daquilo que o Fisco entender que não mereça homologação. O contrário seria um

(M)



contra-senso. E este prazo não pode se contraditar com o prazo fixado no art. 173, I, do mesmo CTN. Se assim não fosse, para que estabelecer essa faculdade de fixar outro prazo para homologação?

Peço exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar de decadência suscitada pela recorrente.

Vencidas as preliminares, passo ao exame do mérito.

A recorrente alega que a fiscalização não logrou provar a prática de ação ou omissão dolosa suscetível de autorizar o lançamento da multa de ofício agravada.

A decisão recorrida entendeu que o fato de a recorrente ter apresentado, para os anos-calendários de 2000 e 2001, DIPJ em formulário de PJ optante pelo Simples e, ainda, em branco, quando nos livros fiscais há registro de receita, caracteriza a ação dolosa da recorrente, mantendo a multa agravada para estes anos e desonerando para os outros anos que a recorrente estava omissa na entrega das DIPJ.

É verdade que a recorrente apresentou a DIPJ dos anos-calendários de 2000 e 2001 no formulário errado e sem movimento. Mas também é verdade que, para estes mesmos anos-calendários, a recorrente apresentou, antes do início da fiscalização, as correspondentes DCTF declarando débitos de Cofins que, com acerto, foram excluídos do lançamento de ofício, conforme se comprova facilmente nos demonstrativos de apuração de débito de fls. 757/768.

O resumo das DCTF dos anos de 1999 a 2002 e do 4º trimestre de 2003 está na fl. 112 dos autos.

Se os débitos foram confessados em DCTF, qual a fraude que a recorrente quis cometer ao apresentar as DIPJ em formulário errado e sem movimento? Se há evidente intuito de fraude, a fiscalização não logrou provar. Em assim sendo, a multa de ofício dos anos calendários de 2000 e 2001 deve ser reduzida para 75%.

Insurge-se, ainda, a recorrente contra a multa de ofício, que entende confiscatória, e contra o cálculo dos juros de mora com base na taxa Selic.

Sem razão a recorrente.

Antes de analisar os argumentos da recorrente, entendo oportuno salientar que a administração pública rege-se pelo princípio da estrita legalidade (CF, art. 37, *caput*), especialmente em matéria de administração tributária, que é uma atividade administrativa plenamente vinculada (CTN, arts. 3º e 142, parágrafo único).

De fato, a Administração Pública está sujeita à observância estrita do princípio constitucional da legalidade previsto no art. 37, *caput*, de nossa Carta Magna, cabendo a ela, simplesmente, "aplicar as leis, de ofício". Ou seja, deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, ou ainda, pô-las em prática, o que significa, na lição de Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 20ª edição, São Paulo, 1995, p. 82, que:

W

...F - SEGUNDO CONSELHO DE CONTEÚMISTAS CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 07 / 05 / 07	
Idirley Gonçalves da Cruz Mat.: Agil 3942	

"O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e à exigência do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."

Desta forma, o agente público encontra-se preso aos termos da lei, não se lhe cabendo inovar ou suprimir as normas vigentes, o que significa, em última análise, introduzir discricionariedade onde não lhe é permitida.

Portanto, sendo a atividade administrativa tributária plenamente vinculada, não comporta apreciação discricionária no tocante aos atos que integram a legislação tributária, cabendo à Administração apenas fazer cumpri-los, sendo defeso aos agentes públicos a aplicação de entendimentos doutrinários contrários às orientações estabelecidas na legislação tributária de regência da matéria.

O cálculo de juros de mora com base na taxa Selic está previsto textualmente na Lei n.º 9.065, de 20/06/1995, que dá nova redação a dispositivos da Lei n.º 8.981, de 20/01/1995, que altera a legislação tributária federal e dá outras providências, dispôs em seu art. 13, que a partir de 1.º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1.º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, de que trata o art. 84, inciso I, e §§ 1.º, 2.º e 3.º, da Lei n.º 8.981/1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e a 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. De igual modo dispõe o art. 61, § 3.º, da Lei n.º 9.430, de 27/12/1996, em relação aos débitos decorrentes de tributos e contribuições administrativos pela SRF cujos fatos geradores tenham ocorrido a partir de 1.º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica.

Da mesma forma, os delitos tributários praticados pela recorrente, apurados e fartamente provados pela fiscalização, levaram à lavratura do auto de infração para exigir o pagamento de diferença de Cofins e, nestas condições, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, que alterou a Lei n.º 8.218, de 1991.

Sobre os argumentos de confisco, a vedação do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, dirige-se ao legislador e visa impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos que ameacem a propriedade ou a renda tributada, por exemplo, mediante a aplicação de alíquotas muito elevadas. Assim, a observância do princípio da capacidade contributiva relaciona-se com o momento da instituição do tributo, quando da elaboração da norma definidora da hipótese legal de incidência, base de cálculo e alíquota aplicável.

Uma vez vencida a etapa da criação da norma, não configura confisco a aplicação da lei tributária, ainda que, circunstancialmente, o montante da exigência revele-se elevado.

Assim, a aplicação da multa de ofício, com as alterações acima referidas, e da taxa Selic no cálculo dos juros de mora decorre da lei, cuja aplicação é obrigatória para as autoridades administrativas tributárias, inclusive as julgadoras.

(W).

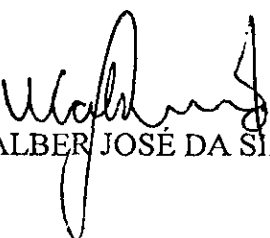
Brasília, 07 / 05 / 07

Idirley Gomes da Cruz
Mat: Agil 3542

Quanto ao recurso de ofício, entendo que deve ser negado provimento pelas mesmas razões que levaram ao entendimento de que à recorrente se aplica a multa de ofício de 75% e não a multa de ofício agravada de 150%, posto que não ficou provado o evidente intuito de fraude, entendo que deve ser negado provimento ao mesmo.

Por tais razões, que reputo suficientes ao deslinde, ainda que outras tenham sido alinhadas, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir para 75% a multa de ofício dos anos de 2000 e 2001.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2006.


WALBER JOSÉ DA SILVA