Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 13 / 05 / 2004
VISTO

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

Recorrente : J. FERRO LUBRIFICANTES LTDA.
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo. Eventual falta de ciência do contribuinte na prorrogação do mesmo não implica nulidade do processo se cumpridas todas as regras pertinentes ao processo administrativo fiscal.

ESPONTANEIDADE.

A apresentação de DCTF após a lavratura do auto de infração confirmando os valores constantes do mesmo com o objetivo de, caso nulo o lançamento, ficar sujeito à multa de 20% e obter parcelamento, significa confissão da certeza e correção do procedimento fiscal.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. IGUALDADE.

O fato de as instituições financeiras, nas operações de câmbio, por força de expressa autorização legal – Lei nº 9.718, art. 3º, § 4º – pagarem Cofins sobre a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira não autoriza que as demais atividades tenham o mesmo tratamento.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS integra a base de cálculo da Cofins por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Se o contribuinte continua e sistematicamente informa valores a menor do que os corretos em suas DCTF, caracterizado está o evidente intuito de fraude a justificar a aplicação da multa de ofício qualificada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por J. FERRO LUBRIFICANTES LTDA.

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 10 de setembro de 2003.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Serafim Fernandes Corrêa
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mario de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso, Adriana Gomes Rêgo Galvão, Hélio José Bernz e Rogério Gustavo Dreyer.

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

Recorrente : J. FERRO LUBRIFICANTES LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada foi autuada em relação à Cofins, por recolhimento a menor, fatos geradores ocorridos de outubro a dezembro de 1998.

Em tempo hábil apresentou impugnação alegando:

a) nulidade do auto por não ter tomado ciência em prorrogações do MPF;

b) caso nulo o auto de infração, ter direito a parcelamento com base em DCTF apresentadas após o lançamento, em que confirma os valores lançados;

c) ser incabível a multa de ofício agravada de 150%;

d) que, sendo a base de cálculo das transações que envolvem moeda estrangeira e de carros usados a diferença entre o preço de compra e o preço de venda, tem o mesmo direito em virtude do princípio da igualdade; e

e) o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da Cofins.

A DRJ em Brasília - DF considerou procedente o lançamento.

A contribuinte interpôs recurso arrolando bens e reiterando as alegações anteriores.

É o relatório.

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

Recorrente : J. FERRO LUBRIFICANTES LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada foi autuada em relação à Cofins, por recolhimento a menor, fatos geradores ocorridos de abril de 1997 a abril de 2002.

Em tempo hábil apresentou impugnação alegando:

a) nulidade do auto por não ter tomado ciência em prorrogações do MPF;

b) caso nulo o auto de infração, ter direito a parcelamento com base em DCTF apresentadas após o lançamento, em que confirma os valores lançados;

c) ser incabível a multa de ofício agravada de 150%;

d) que, sendo a base de cálculo das transações que envolvem moeda estrangeira e de carros usados a diferença entre o preço de compra e o preço de venda, tem o mesmo direito em virtude do princípio da igualdade; e

e) o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da Cofins.

A DRJ em Brasília - DF considerou procedente o lançamento.

A contribuinte interpôs recurso arrolando bens e reiterando as alegações anteriores.

É o relatório.

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
SERAFIM FERNANDES CORRÊA

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Do exame do processo, verifica-se que a recorrente alega em seu recurso cinco pontos, a seguir:

a) nulidade do auto por não ter tomado ciência em prorrogações do MPF;

b) caso nulo o auto de infração, ter direito a parcelamento com base em DCTF apresentadas após o lançamento, em que confirma os valores lançados;

c) ser incabível a multa de ofício agravada de 150%;

d) que, sendo a base de cálculo das transações que envolvem moeda estrangeira e de carros usados a diferença entre o preço de compra e o preço de venda, tem o mesmo direito em virtude do princípio da igualdade; e

e) o ICMS deve ser excluído da base de cálculo da Cofins.

Sobre o Mandado de Procedimento Fiscal, trata-se de mero instrumento de controle administrativo. Eventual falta de ciência do contribuinte na prorrogação do mesmo não implica nulidade do processo se cumpridas todas as regras pertinentes ao processo administrativo fiscal.

Sobre a matéria, é mansa e pacífica a jurisprudência, como se vê pelas transcrições a seguir:

"Número do Recurso: ***129471***
Câmara: ***SÉTIMA CÂMARA***
Número do Processo: ***10805.001501/2001-91***
Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO***
Recorrente: ***CONFAB INDUSTRIAL S.A.***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-CAMPINAS/SP***
Data da Sessão: ***18/09/2002 00:00:00***
Relator: ***Neicyr de Almeida***
Decisão: ***Acórdão 107-06797***
Resultado: ***OUTROS - OUTROS***
Texto da Decisão: Pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de nulidade do auto de infração, vencidos os Conselheiros Natanael Martins, Edwal Gonçalves dos Santos, Francisco de Assis Vaz Guimarães e Carlos Alberto Gonçalves Nunes; e, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER da matéria submetida ao Poder Judiciário, CONHECER das demais matérias e NEGAR provimento ao recurso.
Ementa: MPF. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA. O Mandado de Procedimento

Fiscal (MPF) fora concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada e em benefício desta, há de subsistir em quaisquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não-observância - na instauração ou na amplitude do MPF - poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou."

"Número do Recurso: ***119653***
Câmara: ***PRIMEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***10925.001220/00-83***
Tipo do Recurso: ***DE OFÍCIO***
Matéria: ***PIS***
Recorrente: ***DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC***
Recorrida/Interessado: ***SADIA S. A.***
Data da Sessão: ***19/06/2002 14:00:00***
Relator: ***Jorge Freire***
Decisão: ***ACÓRDÃO 201-76170***
Resultado: ***DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE***
Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso.*
Ementa: *NORMAS PROCESSUAIS - VÍCIO A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - O vencimento do prazo do mandado de procedimento fiscal (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso de ofício provido."*

"Número do Recurso: ***122038***
Câmara: ***PRIMEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***16327.001189/00-05***
Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***COFINS***
Recorrente: ***BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO - BOVESPA***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-SÃO PAULO/SP***
Data da Sessão: ***13/05/2003 14:00:00***
Relator: ***Jorge Freire***

Decisão: ***ACÓRDÃO 201-76927***

Resultado: ***PPM - DADO PROVIMENTO PARCIAL POR MAIORIA***

Texto da Decisão: *Por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer e Josefa Maria Coelho Marques quanto à decadência. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. Roberto Quiroga Mosqueira.*

Ementa: *COFINS. DECADÊNCIA. A decadência dos tributos lançados por homologação, uma vez não havendo antecipação de pagamento, é de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I). Precedentes Primeira Seção STJ (EREsp 101407/SP). NORMAS PROCESSUAIS. MPFs. REVALIDAÇÃO. NULIDADE. NÃO CABIMENTO. A falta de revalidação do MPF ou a revalidação sem troca de auditores não é causa de nulidade do lançamento, mormente quando não demonstrado qualquer prejuízo às garantias do administrado. NORMAS PROCESSUAIS. MEDIDA JUDICIAL. A submissão de determinada matéria à apreciação do Poder Judiciário afasta a competência cognitiva de órgãos julgadores em relação ao mesmo objeto. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIBILIDADE SUSPENSA. MULTA DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. Se no momento da autuação o crédito tributário estava com sua exigibilidade suspensa por concessão de tutela antecipatória, não há causa a ensejar a cobrança da multa de ofício. JUROS MORATÁRIOS. CABIMENTO. Caracteriza a mora, legítima a cobrança dos juros moratórios, mesmo que o crédito tributário esteja com sua exigibilidade suspensa, independentemente da causa desta, desde que no momento da autuação não haja depósito do montante integral. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIAÇÃO. Refoge competência a òrgãos julgadores administrativos apreciarem inconstitucionalidade de normas em plena vigência e eficácia. JUROS. SELIC. CABIMENTO. Legítima a aplicação da taxa SELIC como juros moratórios. Recurso provido em parte."*

Rejeito a preliminar.

Na seqüência, a contribuinte afirma em seu recurso (fl. 208):

"2. ESPONTANEIDADE.

Declarada a nulidade do lançamento, readquire o autuado o direito do instituto da espontaneidade disposta no art. 138 do CTN, razão pela qual, anexa aos autos as respectivas DIPJ e DCTF correspondente ao período fiscalizado, a fim de poder proceder, ao final do julgamento desta, o parcelamento do crédito tributário lançado através daquelas declarações, com a aplicação da multa de mora no porcentual de 20%, mais os acréscimos da SELIC.

Para este fim, tendo procedido os AFRF os levantamentos correspondente ao crédito tributário do período, aproveita-os o autuado, lançando o IRPJ pelo lucro arbitrado, na

forma apurada pela fiscalização, bem como declarando a base de cálculo apurada para a determinação da base de cálculo da CSLL, Cofins e PIS-Faturamento.

O lançamento é efetuado pelo autuado antes do julgamento desta a fim de não perder o direito à espontaneidade pela emissão de novo MPF-F após o referido julgamento, que com certeza acatará a flagrante nulidade apontada."

Ora, com tais assertivas a recorrente confirma a correção do auto de infração, bem como reconhece a dívida tendo como base o lançamento, além do que contradiz tudo o que sustenta a seguir.

Como entendo não ser nulo o lançamento, as assertivas feitas pela recorrente militam contra as próprias teses que posteriormente defende.

A primeira delas de que, pelo principio da igualdade, faz jus ao mesmo tratamento de ter como base de cálculo apenas a diferença entre a compra e a venda, a exemplo do que acontece com a venda de moeda estrangeira e de carros usados. Ora, a regra geral é que a Cofins incide sobre o faturamento, assim entendida a receita bruta. Os exemplos citados são exceções e a recorrente não opera nem com câmbio, nem com o comércio de carros usados, e como tal não faz jus ao tratamento diferenciado.

A outra tese é a de que o ICMS não integra a base de cálculo. Tal entendimento não encontra guarida nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, como se vê pelos Acórdãos a seguir transcritos:

*"**Número do Recurso:** **110563***
Câmara: ***TERCEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***10283.007098/94-22***
Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***COFINS***
Recorrente: ***UNIVERSAL COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-MANAUS/AM***
Data da Sessão: ***22/02/2001 14:30:00***
Relator: ***Renato Scalco Isquierdo***
Decisão: ***ACÓRDÃO 203-07118***
Resultado: ***NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE***
Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso
Ementa: COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização, expressa da lei, para excluir o valor do ICMS esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS. Recurso negado."

*"**Número do Recurso:** **120002***
Câmara: ***TERCEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***10865.000904/2001-16***

Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***COFINS***
Recorrente: ***DINARDI COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP***
Data da Sessão: ***03/12/2002 09:00:00***
Relator: ***Mauro Wasilewski***
Decisão: ***ACÓRDÃO 203-08574***
Resultado: ***NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE***
Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.*
Ementa: *COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS E PREÇO LÍQUIDO - EXCLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE - Tanto o ICMS (normal) quanto o preço líquido não podem ser excluídos da base de cálculo da contribuição. Recurso negado."*

"Número do Recurso: ***107265***
Câmara: ***PRIMEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***10120.000439/98-06***
Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***COFINS***
Recorrente: ***POLIGEL EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-BRASÍLIA/DF***
Data da Sessão: ***17/08/1999 10:00:00***
Relator: ***Serafim Fernandes Corrêa***
Decisão: ***ACÓRDÃO 201-73031***
Resultado: ***NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE***
Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.*
Ementa: *COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91. Recurso a que se nega provimento."*

"Número do Recurso: ***116601***
Câmara: ***PRIMEIRA CÂMARA***
Número do Processo: ***10835.000781/00-74***
Tipo do Recurso: ***VOLUNTÁRIO***
Matéria: ***COFINS***
Recorrente: ***EXPRESSO ADAMANTINA S/A***
Recorrida/Interessado: ***DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP***
Data da Sessão: ***21/08/2002 14:00:00***
Relator: ***Rogério Gustavo Dreyer***
Decisão: ***ACÓRDÃO 201-76348***
Resultado: ***NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE***
Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.*

Processo nº : 10120.008108/2002-16
Recurso nº : 123.377
Acórdão nº : 201-77.206

Ementa: COFINS - BASE DE CÁLCULO. ICMS. INCLUSÃO. O ICMS, como parcela componente do preço da mercadoria, faz parte da receita bruta decorrente do faturamento e, portanto, integra a base de cálculo da COFINS. TAXA SELIC. A taxa de juros com base na SELIC ampara-se no disposto no artigo 161 do CTN. Recurso negado."

Acresça-se a isso o fato de que os valores informados como sendo a base de cálculo, como bem demonstrou a decisão recorrida, não correspondem nem ao faturamento menos as compras, nem menos o ICMS, nem menos as compras e o ICMS. Em verdade, tais valores são bem menores e, no exemplo da decisão recorrida, corresponde apenas a 5,8% do valor correto.

Por último, a questão da multa qualificada de 150%. Por oportuno, transcrevo o art. 44, I e II, da Lei nº 9.430/96, a seguir:

"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."

Ora, se a empresa continua e reiteradamente informa valores menores do que os devidos e que não guardam relação com qualquer razão para tal, a meu ver, está caracterizado o evidente intuito de fraude e a multa prevista é a do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96. Seria diferente se os valores guardassem relação com o que alega. Aí não haveria o intuito de fraude, mas sim a defesa de um entendimento.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 10 de setembro de 2003.

SERAFIM FERNANDES CORRÊA