



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 5 16 2007

CC02/C01
Fls. 3043

Processo nº 10120.008358/2004-18
Recurso nº 134.358 Voluntário
Matéria COFINS - OMISSÃO DE RECEITA
Acórdão nº 201-80.205
Sessão de 29 de março de 2007
Recorrente MOVAP LTDA.
Recorrida DRJ em Brasília - DF

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 19/06/07
Rubrica

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004.

Ementa: COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. PROVA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO.

A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória, o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser mantida a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se nas bases de cálculo da Cofins e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria.

[Assinaturas manuscritas]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05/06/2007
Márcia Cristina Moreira Garcia
em última análise, a convertê-los em inadmissíveis

CC02/C01
Fls. 3044

legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

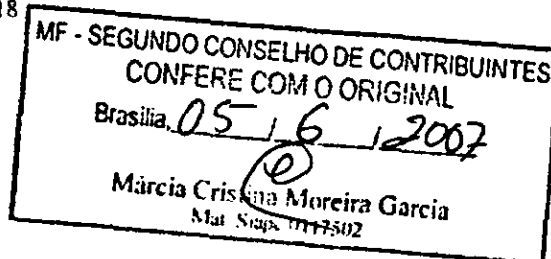
Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, José Adão Vitorino de Moraes (Suplente) e Gileno Gurjão Barreto.

Ausente o Conselheiro Roberto Velloso (Suplente convocado).



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 3.015/3.040, vol. XV) contra o Acórdão nº 16.792, de 17/03/2006, constante de fls. 2.985/2.992 (vol. XV), exarado pela 2ª Turma da DRJ em Brasília - DF, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar procedente em parte o auto de infração de acordo com os demonstrativos de fls. 2.970 a 2.980 e o lançamento original de Cofins (MPF nº 0120100/00225/03), notificado em 21/12/2004 (fls. 2.511/2.553, vol. XIII), no valor total de R\$ 4.774.785,96 (Cofins: R\$ 1.594.593,98; juros de mora: R\$ 788.301,24; multa proporcional: R\$ 2.391.890,74), que acusou a ora recorrente de falta de recolhimento da Cofins, apurada em razão de diferenças entre o valor escriturado e o declarado e pago, acusado nos seguintes termos:

"Cofins não declarado e não pago, em decorrência de insuficiência na determinação da base de cálculo nos períodos de 04/1998 ao 09/2004. Ficou constatado no curso da presente ação fiscal, por intermédio do batimento RECEITA-BRUTA-CONTABIL/FISCAL x DCTF/DIPJ/ VALORES PAGOS que o contribuinte durante o período citado, deixou de apresentar declaração de contribuições e tributos federais ou as apresentou com valores menores ao efetivamente devido à título do referido tributo, conforme demonstrados nas planilhas relacionadas nas fls. 2.472 a 2.510.

Constatamos que o contribuinte prestou informações inexatas nas declarações citadas acima, de modo reiterado e continuado, durante os anos de 1998 a 2004, declarando faturamento menor que os valores escriturados na coluna de saídas de mercadorias do livro Registro de Apuração de ICMS original da matriz e DPI's (Declarações Periódicas de Informações) da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, a que temos acesso devido ao Convênio de Cooperação Técnica, firmado em 04/11/1998, entre a Secretaria da Receita Federal e a Secretaria da Fazenda - do Estado de Goiás, em conformidade com o disposto nos artigos 7º e 199 do Código Tributário Nacional, artigo 276 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) e na instrução Normativa SRF nº 20, de 17/02/1998. Cabe salientar que as DPI's decorrem de obrigações acessórias relativas à legislação do ICMS e foram fornecidas pelo Contribuinte periodicamente à SEFAZ/GO, no qual é demonstrado o faturamento da empresa e o pagamento do ICMS respectivo.

O Contribuinte foi intimado em 28/03/2003, conforme Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 08 e 09), a apresentar diversos documentos e livros fiscais e contábeis, para que a fiscalização pudesse fazer a verificação da correta base de cálculo e recolhimento dos tributos federais, relativos aos períodos de 04/1998 a 09/2004.

Foram entregues à fiscalização Livros de Apuração de ICMS e Saídas com valores escriturados bem inferiores aos declarados à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás por meio de DPI, conforme resumo nas fls. 1706 a 1.953, 1.973 a 2.119 e 2.120 a 2.300. Solicitamos os blocos de notas fiscais da empresa por meio de Termo de Intimação (fls. 55), no qual constatamos que muitas notas estavam escrituradas a menor no livro de Registro de Saídas. Outro fato foi a constatação da falta de

[Assinatura]

[Assinatura]

Márcia Cristina Ferreira Garcia
Márcia Cristina Ferreira Garcia
muitas notas nos blocos. As notas faltantes foram objeto de intimação para entrega, mas esta não foi atendida (65, 66 e 70 a 72). Procedemos, então, a intimação de vários clientes da empresa para apresentarem as suas vias das notas de vendas da MOVAP LTDA com a intenção de obtermos informações das notas não entregues. Novamente, constatamos que algumas destas notas também só tinham uma fração do seu valor escriturado no Livro de Saídas. Os resumos das diferenças apuradas com este procedimento nos anos de 1999, 2000 e 2001, encontram-se nas fls. 165 a 1.270 e 1.335 a 1.705.

Comparecemos na Secretaria da Fazenda do Estado para verificar a fidedignidade das autenticações constantes nos livros de ICMS e Saídas, entregues pelo contribuinte, onde confirmamos que as referidas autenticações foram grosseiramente falsificadas, alguns carimbos de autenticação continham até como órgão no cabeçalho 'Superintendência da Receita Federal', quando deveria ser Receita Estadual. Trazemos formalmente tal conclusão da Secretaria da Fazenda pelos ofícios em anexo e resposta (fls. 1.271 a 1.705 e 2.132 a 2.300). Diante deste fato, tivemos a certeza da existência de outros livros de Apuração de ICMS e Saídas originais.

Por meio da própria Secretaria da Fazenda Estadual tivemos acesso aos verdadeiros Livros de Apuração de ICMS e Saídas, os quais foram apreendidos por esta fiscalização, para instrução do processo de Representação Fiscal para Fins Penais nº 10120.008363/2004-12.

Estes procedimentos demonstram a consciência da conduta do Contribuinte visando eximir-se do pagamento de parte dos tributos federais, pela omissão de declaração sobre grande parcela do faturamento da empresa e pela ação fraudulenta de falsificar livros fiscais na tentativa de ludibriar a fiscalização, constituindo, desta forma, crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Por este motivo, a Multa de Ofício foi qualificada para 150%.

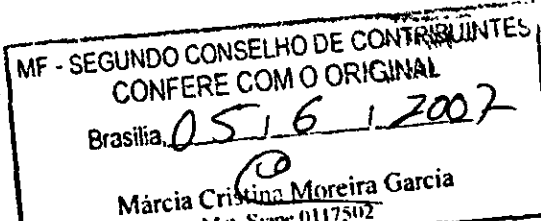
Os valores foram apurados de acordo com as DPI's (fls. 1.706 a 1.953), Livro de Apuração de ISS (fls. 1.954 a 1.972), Livro de Apuração de ICMS da matriz originais (fls. 1.973 a 2.119), DIPJ (fls. 74 a 139), DCTF's (fls. 140 a 164) e Planilhas de Apuração do Tributo (fls. 2.472 a 2.510), relativos aos períodos de 04/1998 a 09/2004."

Em razão desses fatos a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. 77, inciso III, do Decreto-Lei nº 5.844/43; 149 do CTN; 2º e 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições; arts. 2º, inciso II, parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51, do Decreto nº 4.524/2002, e ainda exigíveis a multa de 150%, capitulada nos arts. 86, § 1º, da Lei nº 7.450/85; 2º da Lei nº 7.683/88; e art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, e juros à taxa Selic, nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Após a apresentação da impugnação (fls. 2.553/2.578, vol. XIII), foi realizada diligência (fl. 2.651, vol. XV), que resultou na retificação de fls. 2.970/2.980 (vol. XV), que reduziu os valores originalmente lançados (Cofins: R\$ 1.211.397,43; juros de mora: R\$ 604.374,70; multa proporcional: R\$ 1.817.096,00), e cujo relatório de encerramento (fls. 2.981/2.982, vol. XV) concluiu que:

for

for



"Esta diligência fiscal teve como motivação a solicitação da DRJ/BSB a fim de considerarmos na apuração dos tributos lançados as retenções realizadas pelos órgãos públicos indicados pelo contribuinte em sua defesa e a verificação de outras possíveis retenções feitas por órgãos públicos, conforme fls. 2.651.

Realizamos inicialmente a consulta no sistema IRF (Imposto de Renda na Fonte) da Receita Federal a fim de obtermos todos os órgãos públicos ou empresas públicas/estatais (a partir de 2004) que declararam a MOVAP como beneficiário de retenções sob os códigos 6147 e 6190 no período de 03/1998 a 09/2004. As listagens obtidas estão em anexo nas fls. 2.656 a 2.788.

Para as entidades que, segundo o contribuinte (fls. 2573 a 2576), realizaram a retenção, mas não fizeram parte da listagem obtida pelo sistema IRF, emitimos intimações aos respectivos órgãos ou empresas públicas/estatais. As intimações e respostas foram anexadas as fls. 2.789 a 2.937.

Após a coleta das informações foi elaborada planilha de Retenções de Órgãos/ Empresas Públicas Federais, onde foram relacionados os valores retidos por mês de apuração, e realizada a divisão dos valores retidos entre o PIS, a COFINS, a CSLL e o IRPJ (fls. 2.938 a 2.954).

Os valores de créditos dos tributos federais foram todos relacionados na planilha de compensação constante nas fls. 2.955 a 2.962.

Os novos valores apurados a lançar, consideradas as retenções de órgãos/empresas públicas e as planilhas constantes nas fls. 2.472 a 2.502, foram obtidos por meio do Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada (fls. 2.963 a 2.969).

Para aqueles meses (04/1998, 05/1998, 02/1999, 03/1999, 04/1999, 06/2002, 07/2002 e 05/2004) que tiveram os valores de créditos no mês superior ao valor do tributo devido compensamos os valores excedentes com o tributo devido nos meses seguintes, conforme valores relacionados na planilha de compensação nas fls. 2.955 a 2.962. Provavelmente este fato ocorreu em alguns meses porque notas fiscais podem ter sido emitidas em um mês e pagas e retido o tributo no mês seguinte.

Encerramos, nesta data, a diligência fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado, tendo sido cumpridas as solicitações da DRJ/BSB, constante na fls. 2.651.

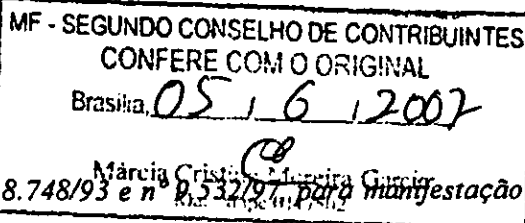
Os valores remanescentes do presente auto de infração são apresentados nos demonstrativos de fls. 2.970 a 2.980, com valores de juros atualizados até dezembro/2004. O resumo final dos novos valores apurados são apresentados na tabela a seguir:

(...)

Fica o contribuinte cientificado que possui 30 (trinta) dias contados da ciência deste Relatório de Diligência Fiscal, nos termos dos arts. 50, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas

Stelly

Stelly



pelas Leis nº 8.748/93 e nº 9.532/97 para manifestação quanto ao seu teor.

E, para constar e surtir seus efeitos legais, lavramos o presente termo, em 03 (três) vias de igual teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal e pelo representante da fiscalizada, que neste presente ato recebe uma das vias.

É o que tínhamos a relatar no momento.

Goiânia, 28 de julho

Pedro Sousa Bispo

Mat. 15.443."

Reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. Decisão de fls. 2.985/2.992 (vol. XV), exarada pela 2ª Turma da DRJ em Brasília - DF, houve por bem julgar procedente em parte o auto de infração, de acordo com os demonstrativos de fls. 2.961 a 2.972, aos fundamentos sintetizados em sua ementa, nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004.

Ementa: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRORROGAÇÃO.

Estando o demonstrativo de emissão e prorrogação de MPF disponível para consulta pelo contribuinte, via Internet, o fato de não ter sido fornecido ou ter sido fornecido no final ao autuado não invalida o procedimento.

COMPETÊNCIA DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL - Os AFRF têm competência para a formalização de lançamentos visando à constituição de créditos tributários correspondentes aos tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal e, inclusive, para consignar no auto de infração a multa correspondente.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS - A instância administrativa não é foro apropriado para discussões desta natureza, pois qualquer discussão sobre a constitucionalidade de normas jurídicas deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal.

Lançamento Procedente em Parte".

Em suas razões de recurso voluntário (fls. 3.015/3.040, vol. XV) oportunamente apresentadas e instruídas com Arrolamento de Bens (cf. fl. 3.041), a ora recorrente sustenta a insubsistência da autuação e da decisão de 1ª instância na parte em que a manteve, tendo em vista: a) a nulidade, em razão do vencimento do prazo do MPF sem indicação de novo AFRF; b) a inaplicabilidade da multa agravada; c) o fundamento para recolhimento com base no lucro

for

Processo n.º 10120.008358/2004-18
Acórdão n.º 201-80.205

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 05/6/2007 Márcia [@] Cristina Moreira Garcia Mat. Signat. 0447502
--

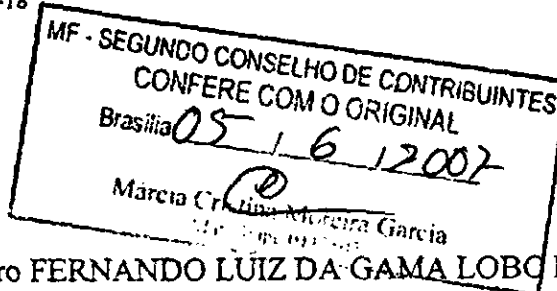
CC02/C01 Fls. 3049

bruto; d) a violação do princípio da igualdade; e) a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS; f) a tributação do mecanismo da substituição tributária; e g) a exclusão do reembolso da base de cálculo do PIS e da Cofins.

É o Relatório.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO DEÇA, Relator

O recurso voluntário reúne as condições de admissibilidade, mas, no mérito, não merece provimento.

A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz prova das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória, o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser mantida a exigência tributária. Não se pode negar valor probante à prova emprestada, coligida mediante a garantia do contraditório, como já assentou a jurisprudência do Egrégio STJ e se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO. PROVA EMPRESTADA. FISCO ESTADUAL. ARTIGO 199 DO CTN. ART. 658 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA (ART. 936 DO RIR VIGENTE).

1. O artigo 199 do Código Tributário Nacional prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, autorizando a permuta de informações, desde que observada a forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio

2. O art. 658 do Regulamento do Imposto de Renda então vigente (Decreto nº 85.450/80, atualmente art. 936 do Decreto nº 3.000/99) estabelecia que 'são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Regulamento e permitindo aos fiscais de tributos federais colher quaisquer elementos necessários à repartição, todos os órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista'.

3. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à PROVA EMPRESTADA, coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265).

4. Recurso especial improvido." (cf. Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp nº 81.094-MG, Reg. nº 1995/0063138-5, em sessão de 05/08/2004, rel. Min Castro Meira, publ. in DJU de 06/09/2004, p. 187) (negritei)

Por outro lado, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado "por dentro", não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS, contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

son

ka

Brasília, 05/16/2007

Márcia Cristina Ribeiro Garcia

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592). (cf. Acórdão da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp nº 706.766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/2006, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 29/05/2006, p. 169)

A jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo, sendo certo ainda que, no caso excogitado (exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo "os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello)." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ, vol. 188/237)

No mais, a r. Decisão de fls. 2.985/2.992 (vol. XV), exarada pela 2ª Turma da DRJ em Brasília - DF, deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, que, por razões de brevidade, permito-me reproduzir e adoto como razões de decidir, eis que contesta com maestria e vantagem um a um os argumentos do recurso:

"Na apreciação da lide, inicialmente é preciso delimitar a competência deste colegiado administrativo, ressaltando também o caráter vinculado da atividade fiscal. E o administrador um mero executor de leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade do comando legal. A análise de teses contra a constitucionalidade de leis é privativa do Poder Judiciário. Nesse sentido é vasta a jurisprudência dos colegiados administrativos:

2º CC - 3º Câ. Acórdão nº 203-00947. Data da sessão: 27/01/94.

'IPI - CONSTITUCIONALIDADE - VIGÊNCIA DA LEI - A autoridade administrativa Falece competência para apreciar a constitucionalidade e/ou a legalidade de legislação aplicável. Vinculação do artigo nº 142 do CTN.'

[Assinatura]

[Assinatura]

Brasília, 05/16/2007

Márcia Cristina Moreira Garcia

2º CC - 2ª Câmara. Acórdão n.º 201-80.205. Data da sessão: 10/11/98.

LEGALIDADE/CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS - Compete exclusivamente ao Judiciário o exame da legalidade/constitucionalidade das leis. Recurso negado.

O Decreto 73.529/74 trata da matéria nos seguintes termos:

'Art. 1º - É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida, para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ou ordinatório.

Art. 2º - Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o artigo 1º produzirão seus efeitos apenas em relação às partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.

Art. 3º - A orientação administrativa firmada ou autorizada pelo Presidente da República somente será suscetível da revisão mediante proposta de Ministro de Estado ou de dirigente de órgãos integrantes da Presidência da República'.

Sobre este princípio vale transcrever as palavras do mestre Helly Lopes Meirelles: 'O agente público fica inteiramente preso ao enunciado da Lei, em todas as suas especificações ... a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo.' (Meirelles, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed. - São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 101).

Assevera-se, ainda, o disposto no artigo 7º da Portaria MF nº 258, de 4 de agosto de 2001:

'Art. 7º O julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem assim o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF,) expresso em atos tributários e aduaneiros.'

Nesse contexto, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade, como por exemplo, o princípio da Razoabilidade, da Proporcionalidade, do princípio do não Confisco em matéria tributária, do princípio da Capacidade Contributiva, do princípio da Legalidade tributária, da Irretroatividade da lei tributária.

Assim, alegações de que o princípio da Isonomia, Capacidade Contributiva, Confisco, da Igualdade, Equidade ou da não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins invocados para alterar base de cálculo são inócuos nesta esfera.

Essa vinculação somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Este, aliás, é o entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CRE/nº

Helly

João

Brasília, 05/06/2007

Márcia Cristina Moreira Garcia
948/98 de 2 de julho de 1998, acerca da disposição contida no Decreto
n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Ainda, a respeito ao ICMS, como a própria contribuinte escreveu a Lei n.º 9.718/98 prevê a exclusão do ICMS cobrado por substituição tributária, assim, somente neste caso o ICMS poderá ser excluído. Como a contribuinte não apontou onde ela teria utilizado (se é que utilizou) tal mecanismo não há reparos a fazer no auto de infração.

O sujeito passivo alega que o MPF-F não teria sido regularmente prorrogado assim causando nulidade do procedimento fiscal.

Antes da dar seguimento à análise do argumento, transcrevo o conteúdo do art. 13, parágrafo 2º da Portaria nº 3.007/2001, que trata da prorrogação de prazo de validade dos MPF (atentar para o fato de que a partir da vigência desta portaria não há emissão de MPF-C para prorrogação de prazo, ao contrário do que acontecia com a Portaria nº 1.265/99):

'Art. 13.

(...)

§ 2º Após cada prorrogação, o AFRF responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI ' (grifei)

Pretende o sujeito passivo que a entrega do Demonstrativo de Emissão e Prorrogação funcione como requisito de validade do procedimento fiscal. Entretanto, convém registrar que em nenhum momento a Portaria SRF nº 3.007/2001 estabelece qualquer disposição nesse sentido.

Tanto assim que no demonstrativo não consta campo para que o contribuinte aponha expressamente a sua ciência, diversamente do que ocorre quando do início da fiscalização com a apresentação do Mandado de Procedimento Fiscal e com os MPF-C para alteração de período de apuração, tributo e/ou fiscal.

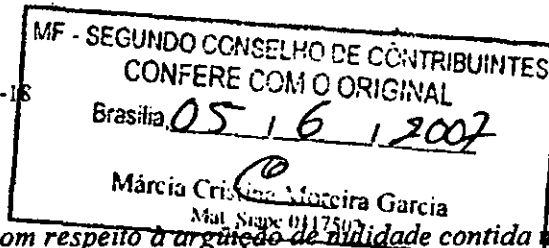
Além do mais, configura-se, no caso, absoluta falta de interesse de agir do sujeito passivo. A informação da prorrogação estava na internet, tendo o sujeito passivo amplo acesso. Como pode agora alegar que não teve ciência de que a Fiscalização estava em curso?

Tivesse dúvida acerca da legitimidade dos trabalhos do auditor-fiscal, poderia, a qualquer tempo, ter consultado a Receita Federal, impetrado mandado de segurança ou outro instrumento processual adequado a impedir a prática de atos ilegítimos pelo servidor público.

Quanto à questão de incompetência, não dá nem para começar a discussão, pois, o MPF-F 01.2.01.00-2003-00225-2 foi adequadamente prorrogado.

SM

SM



Ademais, com respeito à arguição de nulidade contida na impugnação, cumpre registrar que a legislação citada pelo reclamante, bem como os seus argumentos contrapõem-se o artigo 7º da Lei nº 2.354, de 29/11/50, que dá base legal ao artigo 911 do RIR/99 dispõe:

Art. 7º Suprima-se [...], e acrescentem-se os seguintes:

'Art. Os agentes fiscais do imposto de renda procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, e das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais'.

É mister consignar, também, que a classe de agente fiscal do imposto de renda foi transformada, por força do artigo 3º do Decreto-lei nº 1.024, de 21/10/69, na de Agente Fiscal de Tributos Federais, a qual, por seu turno, foi transposta para a carreira Auditoria do Tesouro Nacional pelo disposto no artigo 2º do Decreto-lei nº 2.225, a carreira Auditoria do Tesouro Nacional era composta dos cargos de Auditor—Fiscal do Tesouro Nacional (AFTN) e Técnico do Tesouro Nacional. Atualmente, Auditor-Fiscal da Receita Federal (AFRF) e Técnico da Receita Federal. Concluiu-se, a partir do encadeamento dos dispositivos legais citados, que o AFRF atuante no presente processo têm competência legal para realizar auditoria fiscal no interesse da Fazenda Nacional.

Acrescente-se que o Código Tributário Nacional nos artigos 194, 195 e 197, confere aos agentes da Administração Tributária amplos poderes de investigação sobre o cumprimento das obrigações tributárias, e que o art. 144 da mesma lei autoriza o exame de fatos pretéritos com o emprego de processos introduzidos e poderes ampliados por lei posterior.

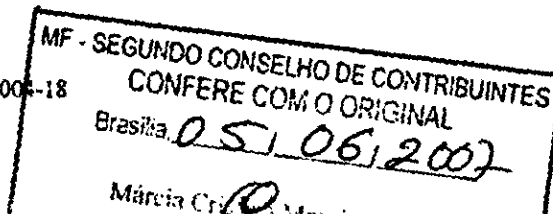
Os Auditores Fiscais da Receita Federal têm poderes de fiscalização. Este poder de fiscalização significa aptidão para determinar e apreciar ato de terceiros. Dessa forma, consistindo os atos praticados no curso da auditoria fiscal em medidas preparatórias ao ato administrativo do lançamento, inclui-se aí o direito de tomar a termo declarações sem a presença de advogado, buscar dados disponíveis nos arquivos da Secretaria da Receita Federal (Situação cadastral dos fornecedores) e outras providências necessárias e indispensáveis ao preparo do lançamento, que tecnicamente se denominam como procedimentos que antecedem ao ato - Lançamento.

Em resumo, a expressão 'poderes da fiscalização', significa o conjunto de aptidões conferidas por lei à administração tributária, para, por seus agentes apurar fatos ou esclarecer situações que possam dar azo a constituição de ofício do crédito tributário, ou à apreensão de papéis, arquivos magnéticos e bens, independente do curso superior que seja portador o Auditor Fiscal da Receita Federal, cuja contrapartida consiste no dever dos indivíduos (contribuintes) de tolerar essa conduta.

A Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002 dispõe:

gtr

Red



'Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I - em caráter privativo.

- a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;
- b) elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar bem como em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais;
- c) executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, inclusive as relativos à apreensão de mercadorias, livros, documentos e assemelhados;
- d) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas; e
- e) supervisionar as atividades de orientação do sujeito passivo efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal; e

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal.'

Pelo explicitado constata-se que não existe qualquer consistência nos argumentos da interessada, quanto às atribuições e poderes dos Auditores Fiscais da Secretaria da Receita Federal, pois, estas atribuições são decorrentes de lei. A propósito, o Auditor fiscal se não lançasse uma infração por ele detectada estaria sujeito às penas da lei.

Quanto à alegação de que o contador da empresa Atalides de Oliveira dos Santos, foi o responsável pela adulteração dos livros e dos documentos, convenhamos não merece atenção, pois, sabemos que os contadores são apenas funcionários sem autonomia e só fazem o que lhes é mandado. Assim, se foi este senhor que falsificou os documentos o fez cumprindo ordens. Assim, quanto à multa de 150%, ficou mais que caracterizada o dolo, não só devido à falsificação de documentos, mas também pela reiteração da conduta. Sem sentido a defesa de que na DIPJ e na DCTC a contribuinte teria declarado pela diferença entre receitas e compras, por discordar do comando legal, e assim não teria dolo.

Quanto à diligência, a autoridade responsável pela diligência primeiramente consultou no sistema IRF da Receita Federal para obter todos os órgãos públicos ou empresas públicas/Estatais (a partir de 2004) que declararam a MOVAP como beneficiário de retenções fl. 2.656 a 2.788.

Jon

Redy

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05.16.2007

CC02/C01
Fls. 3056

Para as entidades nas quais segundo a contribuinte realizaram retenção, mas não fizeram parte da listagem obtida pelo sistema IRF, foram emitidas intimações, e as respostas foram anexadas fl. 2.789 a 2.937.

Os novos valores de créditos dos tributos federais foram todos relacionados na planilha de compensação constante na fl. 2.955 a 2.962.

Para os meses de 04/1998, 05/1998, 02/1999, 03/1999, 04/1999, 06/2002, 07/2002 e 05/2004 que teve o valor de créditos no mês superior ao valor do tributo devido à autoridade que realizou a diligência compensou os valores excedentes com o tributo devido nos meses seguintes, conforme valores relacionados na planilha de compensação nas fl. 2.955 a 2.962.

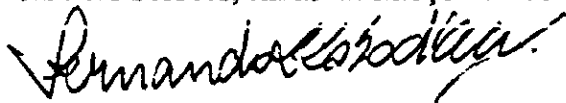
Quanto aos valores acima, a autoridade que realizou a diligência considerou que: 'notas fiscais podem ter sido emitidas em um mês e pagas e retido o tributo no mês seguinte', assim, na prática não teríamos compensações de ofício, não aceita por esta turma, mas sim, apenas a correção de cálculo devido ao regime de competência.

Os valores remanescentes do presente auto de infração são apresentados nos demonstrativos de fl. 2.970 a 2.980."

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para manter a r. decisão de primeira instância e o lançamento *ex-officio* retificado de fls. 2.970/2.980 (vol. XV), que já reduziu os valores originalmente lançados (Cofins: R\$ 1.211.397,43; juros de mora: R\$ 604.734,70; multa proporcional: R\$ 1.817.096,00).

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de março de 2007.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

