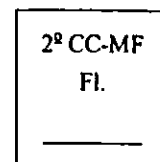
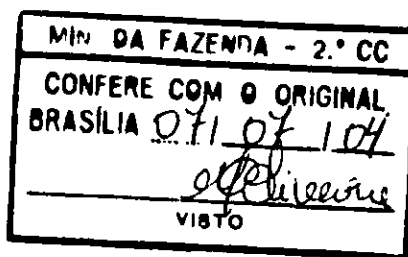




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 10735.004456/2001-05
Recurso n° : 122.354
Acórdão n° : 203-09.338

Recorrente : TRANSPORTES SÃO GERALDO S/A

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento de COFINS, mantido pelo Órgão Julgador de 1ª Instância, cuja decisão foi ementada da seguinte forma (fls. 92/93):

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 31/01/1999 a 31/10/2000

Ementa: NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de impugnar o lançamento, não há cerceamento do direito de defesa.

NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DA PORTARIA SRF 1.265/99. É válido lançamento efetuado com a observância do Decreto nº 70.235.

INCONSTITUCIONALIDADE. As arguições de inconstitucionalidade que visam afastar a aplicação de norma legal inculpada no ordenamento jurídico, não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao poder judiciário apreciá-las.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/1999 a 31/10/2000

Ementa: COFINS – BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE VALORES REPASSADOS PARA OUTRA PESSOA JURÍDICA.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins é calculada com base no faturamento mensal da empresa, sendo inadmissível, por falta de previsão legal, que deste sejam excluídos os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica.

FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento

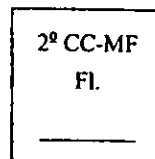
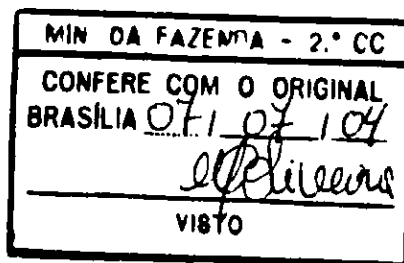
Lançamento Procedente”.

Em sua defesa (fls. 113/118) a Recorrente alega:

- que o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 só foi revogado em 27-08-2001 pela MP nº 2.158-35/2001 e cuja validade foi conferida pelo art. 2º da E.C. nº 32, de 11-09-2001;

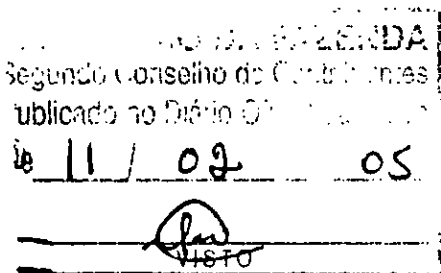


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338

Recorrente : TRANSPORTES SÃO GERALDO S/A
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro - RJ



NORMAS PROCESSUAIS - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – O MPF, primordialmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Convalidação da nulidade do ato, gerada na falta de especificação adequada do tributo fiscalizado, pela entrega de documentos e planilhas solicitadas, tornando válido os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Preliminar rejeitada.

COFINS – BASE DE CÁLCULO - EXCLUSÃO – O inciso III do § 2º da Lei nº 9.718/98 previa a exclusão da base de cálculo dos valores transferidos para outra pessoa jurídica, o qual foi revogado pela MP nº 1991-18/2000, motivo pelo qual não pode a mesma prosperar.

TAXA SELIC – LEGALIDADE – EXIGÊNCIA – Enquanto vigente a norma instituidora, cabe a exigência, pela autoridade administrativa, dos juros com base na Taxa Selic.

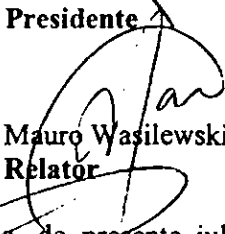
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **TRANSPORTES SÃO GERALDO S/A.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade.** Vencido o Conselheiro Mauro Wasilewski (Relator). Designada a Conselheira Maria Teresa Martínez López; e **II) no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Mauro Wasilewski
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

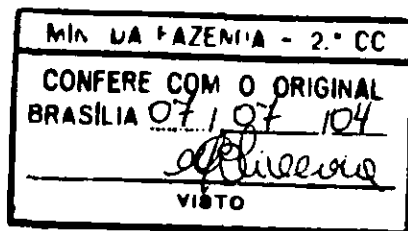
Imp/cf/ovrs



Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338

- que o art. 3º da Lei nº 9.718/98 é auto-aplicável, em face de o art. 17 declarar a vigência da Lei;
- que foi declarada a inconstitucionalidade pela ADIN nº 1.417; e
- que o autuante não respeitou o regulamento interno em relação aos termos de verificação fiscal.

É o relatório.





Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
MAURO WASILEWSKI
VENCIDO QUANTO A PRELIMINAR

O lançamento refere-se à Cofins.

Não sendo cumpridos os quesitos do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, previstos na Portaria SRF nº 1.265/99, fica o lançamento gravado de nulidade.

Assim acolho a preliminar de nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, o Fisco lançou a contribuição relativamente às receitas decorrentes da prestação de serviços *que foram transferidas para outros*.

O inciso III do § 2º do art. 2º da Lei nº 9.718/98 previa a exclusão da base de cálculo dos valores transferidos para outra pessoa jurídica, o qual foi revogado pela MP nº 1.991-18, de 09.06.2000.

Assim, a SRF, através do Ato Declaratório nº 56, de 20.06.2000, orientou o período que o dispositivo modificado não produziu efeitos enquanto vigeu, por não ter sido regulamentado.

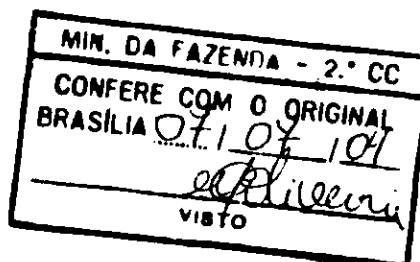
Assim, como tal exclusão de base de cálculo foi revogada antes de ser regulamentada, não pode a mesma prosperar.

Quanto à SELIC e/ou qualquer consectário previsto em lei cabem os mesmos serem aplicados pela autoridade administrativa.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003

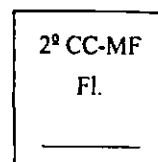
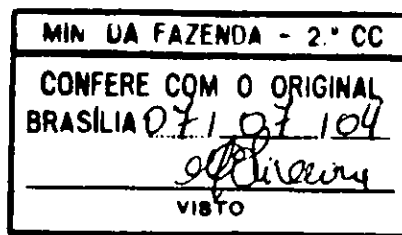
MAURO WASILEWSKI





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ
DESIGNADA QUANTO A PRELIMINAR

Ouso divergir do respeitado Conselheiro-Relator apenas no que diz respeito à preliminar de mérito.

A matéria já fez parte de julgamento, quando em Sessão de 05/11/2003, fui relatora de outro processo da empresa (Recurso nº 122.277), em que se discutiu supostos equívocos no MPF. Passo novamente a expor as minhas conclusões.

O exame do ato administrativo, válido para a decisão administrativa, revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão.¹

Além do motivo, o auto de infração deve conter a exposição das razões que levaram o agente público a emaná-la. Esta enunciação é obrigatória, e denominada de **motivação**. "*Motivar o ato é explicitar-lhe os motivos, "Motivação" é a justificativa do pronunciamento tomado.*"²

Celso Antônio Bandeira de Mello, fundamentando-se na Constituição Federal, bem explica a questão da motivação:

*"Perece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são "donos" da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, "todo o poder emana do povo (...)" (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, caput), proclamando, ainda ter como um de seus fundamentos a "cidadania" (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam."*³ (destaca-se)

¹ MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª Ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 1990. p. 134.

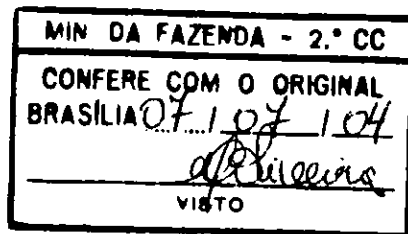
² JÚNIOR, JOSÉ CRETILLA. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 276.

³ *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed.. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 285



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338



No presente caso, a constituição do crédito tributário pelo lançamento, bem como a decisão emanada pela autoridade de primeira instância, estão supridas de motivação. Nesse contexto, inexistente o assim chamado “cerceamento do direito de defesa da parte”, ainda mais tendo sido dado à contribuinte, no decurso da ação fiscal, todos os meios de defesa aplicáveis ao caso.

No mais, especificamente à nulidade relativo aos equívocos contidos no MPF, quanto à inobservância das regras pertinentes à legislação, que regula o Mandado de Procedimento Fiscal, matéria argüida em sua impugnação, mais especificamente às diversas prorrogações efetuadas e à falta de discriminação (*sic*) dos tributos e contribuições, objeto da Ação Fiscal, é que faço os comentários a seguir.

É verdade que outro destino teria a contribuinte se desde o início tivesse registrado por escrito que somente prestaria as informações específicas ao tributo fiscalizado, mediante sua discriminação no MPF. No entanto, ao se calar e “aceitar” a falta, apresentando e fornecendo cópias de documentos e planilhas contábeis, simplesmente **convalidou a nulidade contida no instrumento**. A sua imediata recusa teria como efeito o de propiciar a imediata correção do erro e, dessa forma, propiciar ao contribuinte uma maior transparência das atribuições recebidas pelo Fisco.

No mais, registro que o Mandado de Procedimento Fiscal foi disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 23/11/1999, substituída pela Portaria SRF nº 3.007, de 26/11/2001, com referências no § 1º do artigo 2º do Decreto nº 3.724, de 10/01/2001. Pelas suas características, o MPF, primordialmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal.

Mesmo entendimento foi expressado pelo Conselheiro Luiz Martins Valero, quando do julgamento do Acórdão nº 107-06.820, cujo excerto aqui transcrevo:

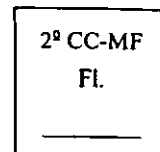
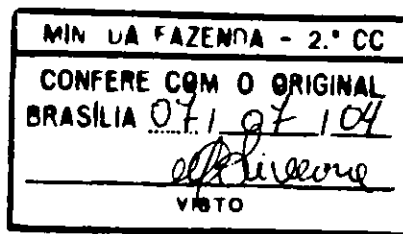
“É possível, portanto, afirmar que o MPF, apesar de sumamente importante para o controle da execução da fiscalização, não integra o rol dos atos e termos vinculados ao lançamento de ofício, que são privativos do agente fiscal encarregado da auditoria fiscal, nos estritos termos do artigo 6º da Medida Provisória nº 46/2002, que convalidou a Medida Provisória nº 2.175/2001 que continha dispositivo semelhante.

O MPF destina-se a dar publicidade da autorização emitida para a realização do procedimento de fiscalização, no contexto dos atos privativos da Administração Tributária. O lançamento de ofício, por sua vez, está vinculado à lei. Assim, torna-se imperativo concluir que o MPF não se constitui em elemento indispensável para dar validade ao lançamento tributário. (...)”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10735.004456/2001-05
Recurso n° : 122.354
Acórdão n° : 203-09.338



Por também entender tratar-se de documento de natureza subsidiária da execução dos trabalhos fiscais, voltado para as atividades internas de planejamento das ações no âmbito da Administração Tributária, o MPF deve observar ao inserido no artigo 7º do Decreto nº 70.235/72, *in litteris*:

“Art.7º - O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.”

Assim, para a demarcação dos efeitos do MPF deve-se ter à frente que, para que se inicie o procedimento de fiscalização deve o sujeito passivo ser notificado por ato que se revista de forma escrita e seja praticado por servidor competente, não bastando para isso apenas o MPF. Pois, para realizar os trabalhos de fiscalização, a autoridade fiscal leva a efeito o procedimento que lhe é privativo, e que consiste numa série de atos tendentes a verificar a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, como demarcado pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional. Assim, os atos desenvolvidos nessa fase do trabalho condicionam o conteúdo do lançamento, repercutindo-se, portanto, nos efeitos que este vise produzir. Tais atos habilitam a autoridade competente para a prática do lançamento a adotar uma conduta conforme a previsão normativa, para obter os meios necessários, notadamente probatórios, para concretizar o comando normativo, caracterizando e identificando a situação de fato à qual deve ser aplicável a norma. A obtenção pura e simples dos meios que possibilitam o lançamento nunca representará ato de autoridade. O valor do ato está justamente no teor do recibo e não na obtenção física dos documentos. Por isso é que é sempre um documento escrito, passado por servidor competente, que dá início ao procedimento fiscal.⁴

Nesse passo, vê-se que, com o MPF, o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal, mas, de nada adianta estar habilitado pelo MPF se não foram lavrados os termos que indiquem o início ou o prosseguimento do procedimento fiscal. E, mesmo mediante um MPF, o procedimento de fiscalização apenas estará formalizado após notificação por escrito do sujeito passivo, exarada por servidor competente. O MPF sozinho não é suficiente para demarcar o início do procedimento fiscal, o que reforça o seu caráter de subsidiariedade aos atos de fiscalização, o que, implica em que, se ocorrerem problemas com o MPF, não seriam invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, nem dados por

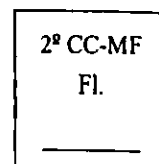
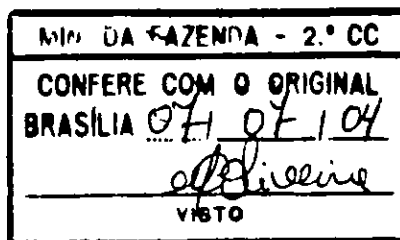
⁴ Nesse sentido, veja-se Acórdão nº 202-14692 (Sessão de 04/2003), cuja relatora Ana Neyle Olimpio Holanda, chega à idêntico entendimento.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10735.004456/2001-05
Recurso nº : 122.354
Acórdão nº : 203-09.338



imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributários apurados.

Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não poderia o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Cabe esclarecer que o MPF constitui-se em instrumento de controle indispensável à administração tributária e em garantia para o contribuinte, na medida em que este poderá conferir se de fato os Auditores-Fiscais que o estejam fiscalizando estão no exercício legal de suas funções. Enquanto instrumento de controle, o MPF se presta a possibilitar à Secretaria da Receita Federal acompanhar o desenvolvimento das atividades realizadas pelos Auditores-Fiscais, de modo a verificar, por exemplo, se a fiscalização empreendida está sendo realizada de modo adequado ou se os fiscais não estão levando mais tempo do que o necessário para a realização dos trabalhos.

Essa verificação se materializa *interna corporis*, ou seja, se, no curso de seus trabalhos, o Auditor-Fiscal percebe que não será capaz, em face das peculiaridades do caso concreto, de concluir os trabalhos em tempo hábil, solicita aos superiores hierárquicos responsáveis pela emissão do mandado a sua prorrogação.

Afastada, portanto, a discussão da nulidade do auto de infração em razão de problemas no MPF, verifico que o auto de infração foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal – AFRF no pleno exercício de suas funções (art. 142, parágrafo único, do CTN), e, a teor do disposto no art. 6º da MP nº 1.915, de 1999⁵, não havendo que se cogitar, assim, na nulidade específica do item I do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração.

É como voto.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

⁵“Art. 6º. São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados: I - em caráter privativo: a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;”.