



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De <u>10</u> / <u>04</u> / <u>06</u> VISTO
--

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : ORTOFIX COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE
PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

**NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE.
ARGÜIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DOS CONSELHOS DE
CONTRIBUINTE.**

É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de eventual inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, salvo nos casos especificados (art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002).

COFINS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA. ERRO MATERIAL.

Apurada diferença, em procedimento fiscal, entre os valores declarados em DCTF e os valores devidos com base na escrita contábil e fiscal do contribuinte, procede-se ao lançamento de ofício para exigir a diferença da Cofins não declarada, com os encargos legais previstos na legislação. A alegação da existência de erro material na apuração da base de cálculo da Cofins deve vir acompanhada da respectiva prova. À mingua desta, não há como acatar o alegado erro.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. REQUISITOS.

Para fins de exoneração da sanção fiscal, a denúncia da ocorrência de infrações fiscais deve ser feita antes do início do procedimento fiscal e acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo ou contribuição.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. APLICAÇÃO.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, consistente na declaração de inexistência de contribuição devida por dois anos consecutivos, ante o próprio registro contrário na escrituração, enseja a aplicação da multa de ofício qualificada prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Recurso negado.

MIN DA FAZENDA - 2.º CC CONFERE COM O ORIGINAL BRASILIA <u>24</u> / <u>05</u> / <u>05</u> VISTO
--

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ORTOFIX COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/07/05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: I) **por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar argüida;** e II) **no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencido o Conselheiro Rogério Gustavo Dreyer, que votava pela exclusão da multa qualificada.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.

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 Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente), Maurício Taveira e Silva, Sérgio Gomes Velloso, José Antonio Francisco e Gustavo Vieira de Melo Monteiro.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN - A FAZENDA - 2º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24 / 04 / 05
<i>k</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : ORTOFIX COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa ORTOFIX COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA., já qualificada nos autos, foi lavrado auto de infração para exigir o pagamento de Cofins, no valor total de R\$ 292.372,09, relativa a períodos de apuração ocorridos entre fevereiro de 2000 e dezembro de 2003, tendo em vista a apuração de diferença na base de cálculo declarada em DCTF e a apurada com base nos livros fiscais da empresa.

Foi aplicada a multa de ofício de 150% e formalizado o processo de representação fiscal para fins penais.

A empresa autuada tomou ciência do lançamento no dia 06/05/2004, conforme ciente apostado na primeira página do auto de infração - fl. 154.

Inconformada, a interessada ingressou com a impugnação de fls. 163/207, alegando, em apertada síntese, que:

1 - existe vício formal no lançamento, caracterizado pela falta de notificação pessoal do sujeito passivo a respeito do Mandado de Procedimento Fiscal e porque este dava poderes para o agente fiscal fiscalizar apenas o Imposto de Renda Pessoa Jurídica;

2 - efetuou a entrega das DCTF retificadoras antes do início da ação fiscal;

3 - efetuou o autolancamento, o que impossibilita a feitura do lançamento de ofício;

4 - a elevação da alíquota da Cofins para 3% viola o artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91;

5 - é legal e inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins;

6 - não foi observada a regra veiculada pela artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.718/98, revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, em vigor conforme o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 (crédito transferido a terceiros);

7 - a exação não incide sobre descontos concedidos incondicionalmente;

8 - a taxa Selic não pode ser aplicada sobre prestações tributárias em atraso porque compreende juros remuneratórios;

9 - é impossível a imposição de multa por lançamento de ofício e também a cobrança de juros sobre o montante da multa;

10 - não se aplica a multa de 150%, primeiro porque o auditor não efetuou a capitulação da conduta da recorrente; segundo porque a recorrente não "tinha ciência de que havia incorrido em tributos cujos valores deveriam ter sido apurados e informados nas declarações - DIPJ e DCTF"; terceiro porque retificou as declarações DCTF e DIPJ; quarto porque compareceu aos autos para prestar todos os esclarecimentos e fornecer os documentos de que dispunha; quinto porque sempre manifestou boa-fé no cumprimento das obrigações tributárias; e sexto porque não se providenciou nenhum outro elemento capaz de propiciar a formação de juízo de certeza a respeito da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio; e

flm

W



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24 / 08 / 05
<i>k</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

11 - contesta a representação fiscal para fins penais por falta de explicação do motivo e da motivação da mesma e que efetuou as retificações das declarações.

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba - PR julgou procedente o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/CTA nº 7.091, de 30/09/2004, cuja ementa abaixo transcrevo:

"Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/12/2001, 01/07/2002 a 31/07/2002, 01/09/2002 a 30/09/2002, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 31/08/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

Ementa: INTIMAÇÃO. PREPOSTO.

É validada a intimação de início de procedimento fiscal efetuada a quem, na sede da empresa, se apresenta como seu preposto, sem opor ressalva alguma de competência.

FISCALIZAÇÃO. VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. ALCANCE.

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.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/12/2001

Ementa: RETIFICAÇÃO DE DCTF. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. ESPONTANEIDADE. EXCLUSÃO.

As DCTFs retificadoras apresentadas sob procedimento fiscal, porquanto não-espontâneas, não são oponíveis ao lançamento de ofício.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/12/2001, 01/07/2002 a 31/07/2002, 01/09/2002 a 30/09/2002, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 31/08/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

Ementa: CONTESTAÇÃO DE VALIDADE DE NORMAS VIGENTES. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou conflito hierárquico de leis.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS integra a receita bruta da empresa e, não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da Cofins.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. NORMA DE EFICÁCIA CONDICIONADA.

A norma legal que, condicionada à regulamentação pelo Poder Executivo, previa a exclusão da base de cálculo da contribuição de valores que, computados como receita, houvessem sido transferidos a outras pessoas jurídicas, tendo sido revogada previamente à sua regulamentação, não produziu efeitos.

BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS INCONDICIONAIS.

Inexistindo nos autos indício algum de que descontos incondicionais tenham sido incluídos na base de cálculo da contribuição, descabe a acusação de tal irregularidade.

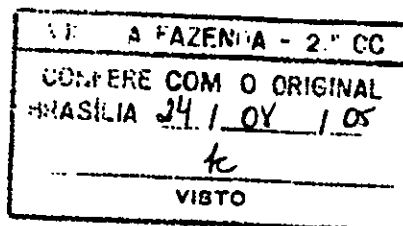
tu

WY



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495



JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/12/2001

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. PROCEDIMENTO FISCAL. EXCLUSÃO DE ESPONTANEIDADE.

No lançamento de débitos apurados em procedimento fiscal, com exclusão de espontaneidade, aplicam-se multas de ofício nos percentuais legalmente definidos.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

O evidente intuito de fraude, consistente na declaração de inexistência de contribuição devida por dois anos consecutivos, ante o próprio registro contrário na escrituração, enseja a aplicação da multa de ofício qualificada, de 150%.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/12/2001, 01/07/2002 a 31/07/2002, 01/09/2002 a 30/09/2002, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 31/08/2003, 01/12/2003 a 31/12/2003

Ementa: PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA. REQUISITOS LEGAIS.

Consideram-se não-formulados os pedidos de diligência e perícia que não atendam aos requisitos legais.

Lançamento Procedente".

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 09/11/2004, conforme AR de fl. 277.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a interessada impetrou, no dia 08/12/2004, o recurso voluntário de fls. 280/323, onde reprisa os argumentos da impugnação, acrescentando que:

1 - a ciência do MPF ocorreu à tarde e a entrega das DCTF retificadoras ocorreu pela manhã do mesmo dia;

2 - ocorreu denúncia espontânea e que não há norma que impunha o pagamento do valor integral do tributo. Cita o artigo 138 do CTN;

3 - o MPF dava poderes para fiscalizar o período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001;

4 - expirou o prazo de validade do MPF e não existe MPF Complementar;

5 - aderiu ao Refis (referente aos tributos devidos de 1998 a 2000) e ao Paes, o que, por si só, constitui verdadeiro autolançamento, inviabilizando o lançamento de ofício em relação aos períodos abrangidos pelos citados parcelamentos;

6 - ocorreu ausência de intimação específica a que se referem as IN SRF nºs 93/97 (art. 14) e 11/96 (art. 14); e

7 - não foram considerados créditos quando do lançamento com base no lucro real. A recorrente sempre optou pelo regime de lucro presumido.

Alega que não possui bens para arrolar. Cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes que admite o recurso sem a garantia de instância.

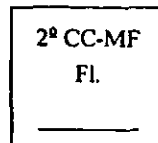
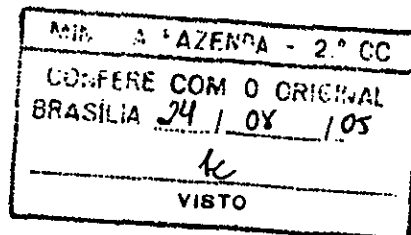
du

W



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495



Ao final, requer que sejam invalidados os lançamentos e o auto de infração, cancelando-se as exigências fiscais.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído no dia 12/04/2005, conforme despacho exarado na última folha dos autos - fl. 373.

É o relatório.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN. A FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24/10/05
<i>k</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
WALBER JOSÉ DA SILVA

O recurso voluntário é tempestivo. Por inexistir bem no ativo permanente da recorrente, o recurso não está instruído com a garantia de instância e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço, com fulcro no § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72.
Verbis:

"Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

(...)

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física". (Incluído pela Lei nº 10.522/2002).

Sobre os questionamentos levantados pela recorrente a respeito do Mandado de Procedimento Fiscal, especialmente sobre os tributos neles consignados e o prazo para a conclusão dos trabalhos fiscais, adoto e reproduzo o voto do ilustre Conselheiro Luiz Martins Valero, proferido no Recurso de Ofício nº 131.369 - Acórdão nº 107-07.820, de 16/10/2002:

"Trata-se de examinar tormentosa questão relativa à natureza do Mandado de Procedimento Fiscal, disciplinado na Portaria SRF nº 1.265, de 23.11.99, substituída pela Portaria SRF 3.007, de 26.11.2001 e referido no § 1º do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001.

Em julgamento anterior nesta Câmara, manifestei posição de que o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento de controle administrativo.

Refletindo melhor, hoje, minha posição é de que o MPF integra o rol dos atos discricionários vinculados à autorização e controle da execução dos procedimentos de fiscalização. Ele tem o mérito de comunicar ao contribuinte a decisão tomada pela administração de inclui-lo em procedimento de fiscalização, permitindo a participação do fiscalizado no controle administrativo da execução da fiscalização.

Para tanto, mediante o ato emitido pelo Delegado, o contribuinte toma conhecimento da abrangência da fiscalização do tributo submetido à auditoria, do tempo de realização dos trabalhos fiscais, dos agentes envolvidos etc. Medida com nítido cunho administrativo.

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 art. 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.

JCU

W.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24 / 08 / 05
lc
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Ouso discordar das conclusões de Roque Antonio Carraza e Eduardo D. Bottallo, em artigo publicado no nº 80 da Revista Dialética de Direito Tributário, de que irregularidades relativas ao MPF invalidam o lançamento tributário. É certo porém, como pregado pelos ilustres tributaristas no referido artigo, que, com a cessação do prazo de validade do MPF, o contribuinte readquire sua espontaneidade, estando assim habilitado a exercer o direito que lhe confere o art. 138 do CTN. Essa é a primeira conclusão extraída pelos ilustres tributaristas.

Na segunda conclusão, os mestres citados afirmam que a simples emissão do MPF, sem a ciência do contribuinte, não tem o condão de tirar-lhe a espontaneidade. Para tanto, registram os referidos mestres, é imprescindível a lavratura dos termos fiscais que marquem a existência das providências fiscalizadoras.

Portanto, com o devido respeito, ousou afirmar que há contradição entre a primeira e segunda conclusão apresentadas, posto que se a suspensão da espontaneidade, como afirmam os ilustres pareceristas, exige a lavratura de termos que marquem a continuidade do procedimento de fiscalização, fica evidenciado que o MPF não integra o rol dos atos e termos vinculados ao lançamento, mas sim o âmbito do controle administrativo da execução da fiscalização, e sua ausência não pode resultar em nulidade do lançamento, que é o nosso entendimento.

Com o MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. De nada adianta estar habilitado pelo MPF e não lavrar os termos que indiquem o início ou o prosseguimento do procedimento fiscal. Por outro lado, os termos lavrados sem cobertura do MPF não têm o condão de indicar início ou prosseguimento dos trabalhos fiscais.

Coerente com minha posição, também não posso concordar com aqueles que vêm as irregularidades no MPF como vício de forma. Ora, vícios formais podem aparecer no ato do lançamento, notadamente no descumprimento dos requisitos dos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72 que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Então, considerando que a atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários de competência da administração tributária, moldado pelas diretrizes da política administrativa às quais o auditor fiscal deve obediência, o MPF tem tripla função:

a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, o que merece todos os elogios, pois garante a transparência do exercício dessa magna função;

b) atende ao princípio constitucional da cientificação, ao informar o contribuinte da decisão da administração de indicá-lo para ser fiscalizado, bem como define o escopo da respectiva fiscalização;

c) reverencia o princípio da pessoalidade, posto que nomina os agentes fiscais encarregados da fiscalização, garantindo a transparência na emissão do lançamento de ofício, a cargo dos agentes competentes para formalizar o crédito tributário.

Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Mesmo nesta última hipótese, não há como anular eventual lançamento tributário consumado, se este atender os requisitos do art. 142 do CTN e não presentes as hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal."

A estes argumentos devo acrescentar que ratifico o entendimento do Acórdão recorrido de que, em relação ao período autuado, decorrente de procedimentos de verificações

SEN

CM



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MINISTÉRIO DA FAZENDA - 2ª CC
COMPARE COM O ORIGINAL
BRASILIA 24 / 07 / 05
<i>K</i>
VISTO

2ª CC-MF
FL.

obrigatórias, o Mandado de Procedimento Fiscal determina que as verificações alcancem os últimos cinco anos e o período de execução do procedimento fiscal.

Quanto aos argumentos da recorrente de que, ao entregar DCTF, efetuou autolancamento e fez denúncia espontânea antes do início do procedimento fiscal, entendo que o Acórdão recorrido está com a razão.

A DCTF que a recorrente alega ter entregue antes do início do procedimento fiscal foi a do ano-calendário de 2001 (fl. 106). Na realidade, a referida DCTF foi entregue no mesmo dia da ciência do Termo de Início de Fiscalização.

Os efeitos da intimação pessoal têm início na data da ciência da intimação, conforme disposição do inciso I do § 2º do artigo 23 do Decreto nº 70.235/72. O principal efeito da ciência pessoal do Termo de Início de Fiscalização é a exclusão da espontaneidade do Fiscalizado, nos termos do § 1º do artigo 7º do decreto acima citado.

Entendo que a discussão sobre o horário da ciência do Termo de Início de Fiscalização não altera a previsão legal de que a recorrente perdeu a espontaneidade no dia da ciência do referido Termo de Início de Fiscalização. *Verbis*:

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;". (grifei).

O instituto da denúncia espontânea, ao contrário do que entende a recorrente, deve, sim, vir acompanhado do pagamento do tributo denunciado e não se confunde com confissão espontânea, que é o que acontece quando se paga tributo fora do vencimento ou se entrega declaração depois do prazo previsto na legislação ou se entrega declaração retificadora.

Denunciar é noticiar ou participar o que era secreto, desconhecido. A denúncia espontânea pode referir-se tanto à ocorrência de uma infração fiscal como de sua autoria, desde que desconhecidos da autoridade competente, a quem se faz a denúncia. Não há que se confundir com a confissão espontânea, prevista no Código Penal, como pretendem alguns autores¹.

Na confissão espontânea, o agente declara que praticou determinado ato ilícito, ato este que pode ou não ser conhecido da autoridade competente. A confissão espontânea está sempre relacionada à autoria do ato ilícito.

Na denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN, o agente noticia a ocorrência da própria infração fiscal, até então desconhecida do Fisco. Quando a infração fiscal é do conhecimento do Fisco e seu autor noticia a sua ocorrência ou confessa sua autoria, não há que se falar em denúncia espontânea, apenas em confissão. Conseqüentemente, esta situação não está albergada pelo art. 138 do CTN.

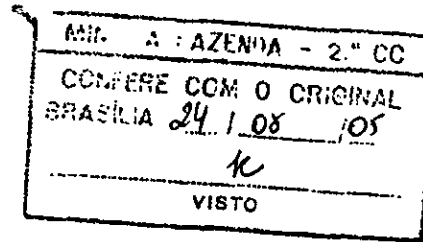
SM

¹ Balceiro, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 504-505.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495



Em conclusão, quando o contribuinte informa, comunica ou confessa ao Fisco a prática de uma infração fiscal e esta já era do conhecimento da autoridade fiscal, não ocorre a denúncia espontânea. Confessar não é sinônimo de denunciar. Repetindo, denunciar é noticiar ou participar o que era secreto, desconhecido. Também não há que se falar em denúncia espontânea, com ou sem pagamento de tributo, quando a mesma é excluída pelo início do procedimento de fiscalização.

A recorrente não trouxe prova de sua alegação de que os débitos lançados no auto de infração foram incluídos, antes de sua lavratura, no Refis ou no Paes. Alegar e não provar é o mesmo que não alegar. Todos os créditos tributários declarados pela recorrente em DCTF foram excluídos do lançamento de ofício. Portanto, os créditos tributários "autolancados" pela recorrente antes do início da fiscalização não integram o auto de infração.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da elevação da alíquota da Cofins para 3% e da inaplicabilidade da taxa Selic no cálculo dos juros de mora este Colegiado tem reiteradamente se manifestado, quanto à primeira alegação, sobre a impertinência de a administração tributária afastar a aplicação da legislação tributária sob o argumento de que a mesma colide com a Constituição Federal. Matéria reservada, no sistema jurídico pátrio, privativamente ao Poder Judiciário.

A atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada à lei e não pode os agentes fiscais negar vigência à lei. Neste diapasão, devem os agentes do Fisco aplicar os comandos contidos no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96 (aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora), até hoje vigente.

No que diz respeito às alegações sobre inclusão indevida de valores ou de falta de exclusão de valores na base de cálculo da Cofins, como o Acórdão bem disse, a recorrente não demonstrou quais valores foram incluídos ou deixaram de ser excluídos da base de cálculo da exação.

Especificamente com relação à inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, às razões do Acórdão recorrido, que ratifico, devo destacar o fato de que o ICMS incluso no preço das mercadorias vendidas e dos serviços prestados integra a receita bruta da empresa. Não há dispositivo legal que permita a exclusão desse imposto da base de cálculo dessa contribuição.

Ressalte-se, ainda, que o faturamento inclui todas as receitas de vendas, e o ICMS faz parte delas, por integrar o preço de venda das mercadorias.

É pertinente registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e do Finsocial, sucedido pela Cofins (Súmulas nºs 68 e 94).

Também não merecer guarida os argumentos da recorrente sobre a multa de ofício aplicada e sua conduta no cumprimento de suas obrigações tributárias, especialmente nos anos de 2000 e 2001, quando apresentou DCTF sem nenhum débito de PIS e Cofins declarado.

A conduta típica da recorrente, expressa no auto de infração, foi omitir a ocorrência do fato gerador da Cofins em suas declarações compulsórias à Receita Federal. Esta omissão por vinte e quatro meses seguidos não pode ser atribuída, como quer a recorrente, à sua falta de ciência de que deveria apurar e informar a exação na DCTF e na DIPJ, embora tenha declarado nos anos de 1999 e 2002, por exemplo.

401



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.003006/2004-38
Recurso nº : 128.608
Acórdão nº : 201-78.495

MIN. A FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 24 / 08 / 05
K
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

A conduta omissiva da recorrente não é de boa-fé. Ao contrário, ao omitir a ocorrência do fato gerador da Cofins, fez uma aposta na ineficiência da administração tributária federal de que não iria lhe impelir ao pagamento da exação, com a penalidade cabível.

Não há dúvida de que a recorrente sonegou informações ao Fisco, com o intuito de, no mínimo, retardar o pagamento da Cofins. Fraudou a DCTF com o objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador da Cofins aos olhos do Fisco, ensejando a aplicação da multa prevista no inciso II do artigo 41 da Lei nº 9.430/96. *Verbis:*

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

(...)

II - cento e cinquenta 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."

Dispõem os artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64:

"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

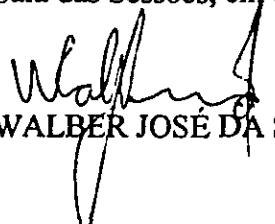
II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."

Em face do exposto, e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2005.


WALBER JOSÉ DA SILVA