



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 05/16/2007

CC02/C01
Fls. 844

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n° 16707.101285/2005-09
Recurso n° 135.925 Voluntário
Matéria Cofins e PIS
Acórdão n° 201-80.177
Sessão de 28 de março de 2007
Recorrente VIAÇÃO NORDESTE LTDA.
Recorrida DRJ em Recife - PE

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 e Contribuição para o FISC/Pasep

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/10/2001, 01/12/2001 a 30/09/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/04/2003 a 31/05/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/01/2004 a 31/03/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/10/2004 a 31/12/2004

Ementa: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

A despeito da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, este se constitui de mero controle administrativo, visando, sobretudo, proporcionar segurança ao contribuinte, não tendo o condão de tornar nulo lançamento corretamente efetuado, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional e o Decreto nº 70.235/72, o que não se permite a uma Portaria.

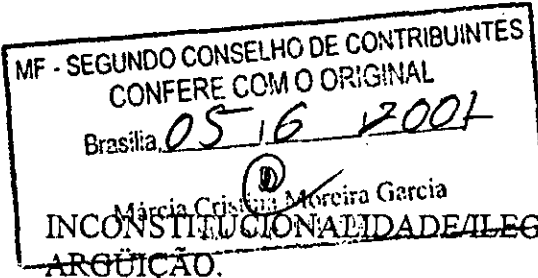
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento, cuja narrativa dos fatos e, enquadramento legal estejam adequadamente consignados, possibilitando o exercício do direito de defesa e, ainda, quando ausentes os pressupostos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, quais sejam, os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

BASE DE CÁLCULO.

As receitas financeiras não estão relacionados dentre as exclusões previstas na lei, portanto, integram a base de cálculo da contribuição.

CCO JCU



A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma vigente.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É jurídica a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic.

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. Os Conselheiros Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto, acompanham o Relator pelas conclusões.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

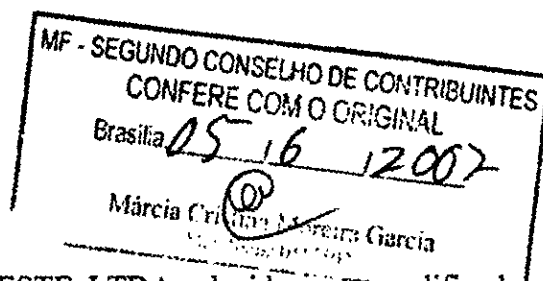
Presidente


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva e José Adão Vitorino de Moraes (Suplente).

Ausente o Conselheiro Roberto Velloso (Suplente convocado).



Relatório

VIAÇÃO NORDESTE LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 784/818, contra o Acórdão nº 14.868, de 20/03/2006, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE, fls. 770/780, que julgou procedente os autos de infração de fls. 341/344 e 726/729, para exigência de créditos tributários de PIS, no valor total de R\$ 57.154,34, e de Cofins, no valor total de R\$ 263.947,50, decorrentes de diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados/pagos, referentes a períodos compreendidos entre janeiro/2001 e dezembro/2004, cuja ciência ocorreu em 01/12/2005.

Inconformada a interessada apresentou as impugnações de fls. 347/374 e 732/759, com as seguintes alegações:

1) houve o transcurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no MPF, não podendo mais o Fiscal continuar a executar os atos e termos processuais, conforme art. 16, parágrafo único, da Portaria SRF nº 3.007/2001, bem como não foi dado ciência à contribuinte de suas renovações, contrariando o art. 13, § 2º, da mesma Portaria, e ainda não constam dos autos as renovações dos MPF e o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, previsto no art. 20 da precitada norma, o que constitui vício insanável, a teor do inciso I, art. 59, do Decreto nº 70.235/72, pois o MPF não é ato interno do Fisco Federal e sim ato bilateral, na relação Fisco/contribuinte;

2) houve cerceamento do direito de defesa decorrente da descrição nebulosa das pretensas infrações. Ao que parece, as pretensas diferenças de base de cálculo, provavelmente, decorrem de cheques emitidos pelo sócio majoritário, em pagamentos de dispêndios vários da empresa;

3) a quebra do sigilo fiscal só é possível nos casos expressamente listados na LC nº 105/2001, provado *a priori*;

4) a Fiscalização fez incidir nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins receitas estranhas ao faturamento da contribuinte, tais como: receitas sobre aplicações financeiras; receitas de aluguéis; restituição prêmio seguro, etc., contrariando os recentes julgados do STF, REs nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, que decidiram pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Assim sendo, com fulcro no art. 100 do CTN, correta a atitude da contribuinte, que já vinha seguindo a interpretação jurisprudencial, não podendo o Fisco tipificar este procedimento como crime contra a ordem tributária;

5) as vinculações dos débitos mensais a pagamentos não efetuados referem-se a valores compensados via ações administrativas/judiciais de compensação de indébito tributário, já homologadas por diligências da própria SRF, conforme indicado superficialmente no item IV-4, fl. 04, do Termo de Verificação Fiscal;

6) houve entrega de DCTFs após o início da ação fiscal, não implicando em nulidade, pois a contribuinte readquiriu a espontaneidade em face da ausência de atos escritos em prazo superior a sessenta dias, por parte da Fiscalização, conforme art. 7º do Decreto nº 70.23/72;

400

1000

Brasília, 05/16/2007

7) no caso de a receita estar escriturada, mas não declarada, não tipifica omissão de receita e sim inexatidão da declaração, assim como sua inexatidão não configura dolo, sendo ilícitos culposos, jamais dolosos. Em caso de dúvida, aplica-se o disposto no art. 112 do CTN. Ademais, se convicção houvesse tido a Fiscalização, a multa aplicada não teria sido a do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 - 75%, porém, a do seu inciso II - 150%, casos de dolo comprovado. Acrescente-se, ainda, que a defendente não foi cientificada da Representação Fiscal para Fins Penais, a qual, por ser mencionada nos autos, impõe-se sua ciência, sob pena de cerceamento ao direito de defesa; e

8) a multa de 75% é confiscatória, assim como a taxa Selic é ilegal.

O Processo nº 16707.101286/2005-45, referente à Cofins, foi juntado ao presente processo, conforme despacho de fl. 383, com fulcro no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129/2005.

A DRJ julgou procedente o lançamento, tendo o Acórdão a seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/10/2001, 01/12/2001 a 30/09/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/04/2003 a 31/05/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/01/2004 a 31/03/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/10/2004 a 31/12/2004

Ementa: LANÇAMENTO. NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa quando presentes nos autos demonstrativos e documentos utilizados pela autoridade administrativa para fins de apuração do crédito tributário, respeitado respectivo prazo regulamentar de defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Para o procedimento fiscal, consta nos autos emissão e ciência de MPF-F, além de que a autorização específica por MPF para a fiscalização não é razão suficiente para a declaração de nulidade do lançamento.

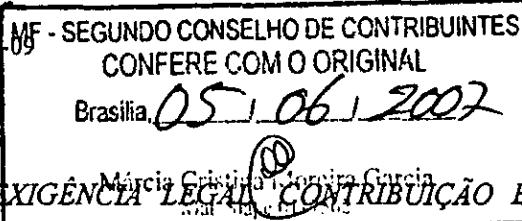
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEVER DE REPRESENTAR.

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal deverão formalizar representação fiscal para fins penais, perante o Delegado ou Inspetor da Receita Federal, responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal, sempre que no curso de ação fiscal identificarem situações que, em tese, configurem crime definido no art. 1º ou 2º da Lei nº 8.137/1990 ou no art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 - Código Penal.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/10/2001, 01/12/2001 a 30/09/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003, 01/04/2003 a 31/05/2003, 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/01/2004 a 31/03/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/10/2004 a 31/12/2004

(Assinaturas)



Ementa: EXIGÊNCIA LEGAL DE CONTRIBUIÇÃO E ACRÉSCIMOS LEGAIS.

O PIS, a COFINS e os acréscimos legais exigidos nos Autos de Infração estão previstos nas normas válidas e vigentes à época da constituição dos respectivos créditos tributários.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

Lançamento Procedente”.

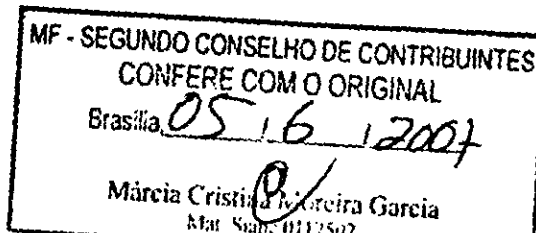
A contribuinte apresentou, tempestivamente, em 05/05/2006, recurso voluntário de fls. 784/818, aduzindo as mesmas questões anteriormente apresentadas. Ao final, requereu seja decretada a nulidade do lançamento, “por carência dos elementos ‘essenciais à formação do juízo sobre a procedência ou não da tributação ...’.”

O arrolamento encontra-se efetuado no Processo nº 16707.002970/2001-11, conforme despacho de fl. 841.

É o Relatório.

[Assinaturas]

Voto



Conselheiro MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Quanto ao MPF, embora não conste do processo suas prorrogações, este fato não constitui óbice ao procedimento fiscal, não acarreta nulidade dos atos praticados, bem como não prejudica o lançamento, consubstanciado no auto de infração.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF se constitui em mero instrumento de controle administrativo, visando, também, proporcionar segurança ao contribuinte, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal, possibilitando sua confirmação, via Internet. Não é pressuposto obrigatório de validade do lançamento, posto que os ditames de uma Portaria não podem se sobrepor às disposições do CTN e às do Decreto nº 70.235/72.

Esse tem sido o entendimento deste Conselho de Contribuintes, conforme demonstram os Acórdãos nºs 103-22.297; 202-15.847; 105-15.327; e 102-46.676, cuja ementa deste abaixo se transcreve:

"NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANCAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793, de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que, tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta." (Acórdão nº 102-46.676; Recurso nº 136.803; Relator José Oleskovicz; Data da Sessão: 16/03/2005).

Afastada a preliminar de nulidade decorrente do MPF, passa-se à análise do mérito.

A contribuinte alega cerceamento ao direito à ampla defesa, em virtude de o auto de infração carecer da descrição adequada dos fatos que o motivaram. De plano, não há como concordar com tal argumento, pois, a uma porque não se encontram configuradas

for

for

que a recorrente não trouxe aos autos quaisquer documentos que pudessem infirmar o lançamento.

A contribuinte alega que a apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins, com base na Lei nº 9.718/1998, foi equivocada, por considerar ilegal/inconstitucional a ampliação de sua base com a tributação de receitas financeiras decorrentes de aplicações financeiras, receitas de aluguéis, restituição prêmio seguro, tendo em vista as recentes decisões do STF reconhecendo a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Ocorre que, no tocante às decisões mencionadas pela interessada, há que se observar o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que a "*sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros ...*". Registre-se que, mesmo quando emanadas do Supremo Tribunal Federal, as decisões produzem efeitos *inter partes*, somente alcançando terceiros nas hipóteses previstas no Decreto nº 2.346/97, o que não se configurou na espécie.

Ademais, a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins, a partir de 01/02/1999, é o faturamento do mês, que corresponde à receita bruta, a qual se encontra definida nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, consistindo na totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevante o tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica e a classificação contábil adotada para as receitas, devendo ser consideradas as exclusões e isenções permitidas pela legislação, dentre as quais não se encontram as receitas financeiras, devendo, portanto, integrar as bases de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Compulsando-se os autos, e de acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 713/714), verifica-se que os atos escritos por parte do fiscal autuante correspondem aos seguintes documentos: Termo de Intimação Fiscal, lavrado em 12/11/2004, de fl. 04; Termos de Reintimação Fiscal, emitidos em 03/02/2005 e 25/03/2005, de fls. 06 e 07; Termo de Reintimação Fiscal de 06/05/2005, fl. 21, e, posteriormente, Termo de Retenção de Documentos, datado de 23/05/2005, até a ciência do auto de infração ocorrida em 01/12/2005. Registre-se a existência de planilhas datadas de 11/11/2005, às fls. 152, 167, 201, 218 e 219, porém, sem a comprovação de ciência da contribuinte.

Portanto, conforme aduziu a recorrente, houve o transcurso de prazo superior a sessenta dias entre o Termo de Retenção de Documentos, datado de 23/05/2005, e a ciência do auto de infração, ocorrida em 01/12/2005, o que determinou a reaquisição da espontaneidade por parte da contribuinte, pela ausência de ato escrito que indicasse o prosseguimento dos trabalhos, conforme previsto no art. 7º, § 2º, do Decreto nº 70.235/72.

Acerca do tema a autoridade administrativa já se pronunciou através da Solução de Consulta Interna nº 15, de 20/05/2005, da Coordenação-Geral de Tributação, cuja conclusão abaixo se reproduz, *verbis*:

"3.1 Em face do exposto é de se concluir que a recuperação da espontaneidade do sujeito passivo em razão da inoperância da autoridade fiscal, por prazo superior a sessenta dias, aplica-se retroativamente, alcançando os atos por ele praticados no decurso desse prazo. O pagamento do tributo, nesse caso, deve ser acrescido de juros e multa de mora."

[Assinatura]

[Assinatura]

Para concluir a análise da matéria, faz-se necessária a interpretação do art. 138 do CTN, conforme segue:

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."

Destarte, assiste razão à recorrente quando afirma que readquiriu a espontaneidade em face da ausência de atos escritos em prazo superior a sessenta dias, por parte da Fiscalização. Porém, a responsabilidade por infrações é excluída, desde que a denúncia espontânea, consubstanciada nas DCTFs entregues a destempo, seja acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, fato que não se verifica no presente caso.

Quanto à Representação Fiscal para Fins Penais, assim consignou o fiscal autuante no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 333 e 718:

"VI - REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

No levantamento das infrações que geraram os autos de infração (A.I.) do Pis e Cofins, dos quais constitui parte integrante o Termo de Verificação, foram observadas condutas que, em tese, constituem crime contra a ordem tributária na forma prevista no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

Constatou-se que o contribuinte sob ação fiscal, ao preencher a DCTF, apura os débitos mensais e os vincula a DARFs inexistentes e/ou não detectados no sistema SINAL04, de forma a, dolosamente, evitar a cobrança dos mesmos e à observação de possível prática de crime contra a ordem tributária.

Constatou-se, também, que, entre esses débitos, constam IRRF sobre Trabalho Assalariado, cujos DARFs não foram encontrados no sistema Sinal/04, o que viria a caracterizar a cumulação com o crime de Apropriação Indébita.

Em função dessas constatações, encaminhamos Representação Fiscal Para Fins Penais ao Delegado da DRF em Natal/RN, para que este proceda, conforme entendimento, na forma da Portaria SRF 2.752, de 11/10/2001, com observação da Lei nº 8.137/90."

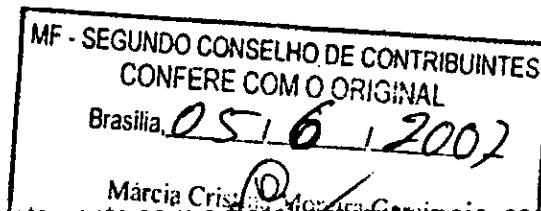
Sobre o tema cabe transcrever o art. 116, inciso VI, da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União:

"Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;"

DM *CEK*



Portanto, corretamente agiu o fiscal autuante, pois, conforme determinam tanto a norma precitada quanto as Portarias SRF nºs 2.752/2001 e 1.279/2002, a autoridade fiscal tem o dever de representar qualquer situação que, em tese, possa configurar crime contra a ordem tributária, comunicando o fato ao superior hierárquico para que seja encaminhado ao Ministério Público, a quem compete o oferecimento da denúncia em juízo, caso entenda se encontrarem presentes seus pressupostos relativos à materialidade e autoria, falecendo competência a este órgão julgador administrativo para se manifestar em relação ao possível cometimento de infração penal.

Também não há reparos a fazer à decisão recorrida quanto à aplicação da multa de 75% ao invés de 150% previstas no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Tendo em vista que a Fiscalização não caracterizou o evidente intuito de fraude, conforme definido nos arts. 71, 72, e 73, da Lei nº 4.502/64, com fulcro no art. 112 do CTN, aplicou a penalidade menos severa.

Quanto à afirmativa da recorrente de a multa ferir o princípio da vedação ao confisco, é de se esclarecer que os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador, devendo este observá-los no momento da elaboração da lei. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, posto que o lançamento é uma atividade vinculada.

Além disso, no que tange ao percentual da multa de ofício, os princípios constitucionais dirigem-se à instituição de tributos e não à de penalidades, cuja natureza e finalidade são diversas.

Sobre a ilegalidade da aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora aplicável aos débitos fiscais, cabe consignar que as Leis nºs 9.065/95, art. 13, e 9.430/96, art. 61, § 3º, que normatizam sua aplicação, estão em perfeita harmonia com o art. 161 do CTN, que autorizou a lei ordinária a dispor de modo diverso do estabelecido na norma complementar e em momento algum exigiu que a taxa fosse fixada pela lei em sentido estrito.

Ademais, como é cediço, não cabe às instâncias administrativas apreciar arguição de inconstitucionalidade/ilegalidade de norma inserida no ordenamento jurídico nacional, cuja presunção é de legalidade. A competência para apreciação dessa matéria acha-se reservada ao Poder Judiciário.

Isto posto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.

MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA