



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10218.000513/2007-11
Recurso nº 156.981 Voluntário
Acórdão nº 3301-01.328 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2012
Matéria COFINS
Recorrente INTEGRAL CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - As verificações obrigatórias alcançam períodos de apuração relativos aos últimos cinco anos anteriores à emissão do MPF e o período de execução do procedimento, alcançando outros tributos e contribuições não expressamente mencionados no MPF, quando as infrações são apuradas a partir dos mesmos meios de prova.

NORMAS PROCESSUAIS - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - PEREMPÇÃO. Não sendo impugnada matéria relativa ao auto de infração e, descumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 16, III, do Decreto nr. 70.235/72, não cabe apreciá-la quando alegada somente no recurso.

COFINS. RECURSO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA NA IMPUGNAÇÃO. MATÉRIA ALEGADA NO RECURSO. INOVAÇÃO. PRECLUSÃO. Consideram-se precluídas as matérias ainda que alegadas na impugnação e não renovadas no recurso e as alegadas, em inovação, somente no recurso.

MULTA DE OFÍCIO - A teor do artigo 44 da Lei nr. 9.430/96, as multas de ofício são de 75%.

Recurso não conhecido quanto à matéria inovada e, na parte conhecida negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencida a Conselheira Maria Teresa Martínez López.

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Maurício Taveira e Silva, Andrea Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face da decisão da 3ª Turma da DRJ de Belém/PA, que não conheceu da impugnação, da ora recorrente, em face do auto de infração de fls. 06/14, referente à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, sobre os fatos geradores de 31/01/2003 a 31/12/2003, constituído em 06/07/2007, tendo sido apuradas diferenças entre os valores escriturados e os valores declarados e pagos, conforme Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (item IV.5), à fl. 20.

Cientificada em 20.07.2007 (AR fl. 34) a interessada apresentou, tempestivamente, em 10.08.2007, impugnação na qual:

“a) no item IV.5 (fl. 222), sob o título “COFINS DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO”, faz alegações que claramente dizem respeito ao PIS/Pasep, pois tratam da obrigatoriedade de apresentação do demonstrativo de apuração da contribuição (Dacon), considerando que a apuração da Cofins na forma não-cumulativa deu-se somente a partir de 2004, não alcançando o exercício lançado;

b) ao tratar da falta insuficiência de pagamento (item IV.6-FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS/COFINS), afirma: “A recorrente, mais uma vez baseada nos princípios da legalidade, realizou internamente programação para recolhimento de impostos e contribuições federais pendentes a apresenta para análise e verificação todos os DARF de recolhimento para o PIS e COFINS do exercício em questão”, anexando uma série de Darfs relativos ao IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e Cofins.”

A DRJ de Belém/PA não conheceu da impugnação, por entender não impugnado o auto de infração, em razão do mesmo não ter sido expressamente impugnado, nos termos do art. 17, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993 e Lei nº 9.532, de 1997, conforme depreende-se de sua ementa a seguir transcrita, *in verbis* (fl. 262):

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003

NEGATIVA GENÉRICA.

A Administração considerará não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo contribuinte.

Impugnação não Conhecida.

A contribuinte tomou ciência da decisão recorrida em 06/02/2008, conforme AR de fl. 266, tendo apresentado o recurso voluntário de fls. 277/297 e juntados os documentos de fls. 298/339, em 07/03/2008, alegando-se, em síntese, o seguinte:

- a) Com vistas ao conhecimento do recurso, reclama a aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa, assegurados pela Carta Magna no art. 5º, LV, independentemente do arrolamento de bens (Adin 1.976-7);
- b) Alega nulidade do MPF, visto que a fiscalização estava autorizada a fiscalizar tão somente o IRPJ e seus reflexos, inexistindo qualquer autorização em relação aos demais tributos, nem tão pouco foi cientificada de um MPF Complementar, “*nem mesmo pro AR*”;
- c) Sustenta que, de acordo com o art. 47, da Lei nº 9.430/96, o contribuinte sob fiscalização, tem até o 20º dia subsequente à data de recebimento do Termo de Início de Fiscalização, sem a imposição da multa punitiva de 75%, sendo devidos apenas a multa e juros moratórios, o que não foi concedido à Recorrente, tendo em vista que o MPF permitia somente a fiscalização do IRPJ do ano de 2003, e o MPF-c foi expedido em 06/07/2007, sendo o mesmo encerrado no mesmo dia, lavrando-se em seguida o auto de infração ora guerreado;
- d) Reclama, por fim, a nulidade do lançamento, por haver excesso de exação, em relação à apuração da Cofins, tendo a fiscalização considerado o montante da receita bruta da recorrente, com base na Lei 9.718/98, a qual, sabidamente teve o § 1º do art. 3º declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cita RE 357.950-9/RS e R\$ 240.785-2/MG.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e revestido das formalidades legais pertinentes.

Nulidade do MPF

Aduz a Recorrente, em preliminar, que haveria nulidade na autuação fiscal, sob o argumento de que o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar somente teria

autorizado a fiscalização e eventual exigência fiscal relativamente ao IRPJ (e não a CSLL, PIS e COFINS), bem como que sua expedição foi realizada posteriormente à efetiva verificação de documentos, o que invalidaria o procedimento.

Inicialmente deve ser apreciada a preliminar de nulidade do processo por supostas irregularidades do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, entendendo, porém, não assistir razão à recorrente, pois, a aplicação das normas do Direito Administrativo aos fatos jurídicos tributários somente é cabível no silêncio das normas que os regulam. O MPF tem como finalidade precípua dar segurança aos contribuintes quanto à atuação da Administração Tributária, principalmente quando atuar diretamente em seu estabelecimento. É instrumento de controle administrativo, representando a autoridade hierárquica da Administração na definição da execução das atividades que são de sua competência legal.

Entretanto, não pode um expediente de controle administrativo alterar a principiologia e tipologia do Direito Tributário. A competência para apurar e exigir o crédito tributário é do Auditor-Fiscal e esta competência foi exercida por servidor regularmente investido na referida função. A inobservância das normas pertinentes à expedição do MPF deverá ser apurada pela autoridade administrativa hierárquica. A nulidade do auto de infração deve ser apurada com foco na legislação tributária. Verifica-se que nos presentes autos a norma tributária foi fielmente observada, não comportando qualquer vício tendente à nulidade do ato administrativo que materializa a exigência tributária.

Ademais, conforme se verifica à fls. 02 do Mandado de Procedimento Fiscal, constou a seguinte informação:

“VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS: correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos”.

Abstrai-se do acima exposto que carece razão ao asseverado pela Recorrente, uma vez que o MPF, além do objeto principal da fiscalização, determina que sejam realizadas verificações obrigatórias inclusive em relação aos tributos e CONTRIBUIÇÕES administrados pela SRF, nos ÚLTIMOS CINCO ANOS.

Assim, não há que se falar em nulidade da autuação, tendo em vista que a fiscalização não extrapolou os limites estabelecidos pelo Mandado de Procedimento Fiscal, ao contrário, agiu no estrito cumprimento do disposto em referido Mandado.

Quanto à data da emissão do MPF-C, não há de se questionar sua legalidade, tendo em vista que o mesmo fora expedido antes do término da fiscalização (e da lavratura do Auto de Infração). É certo que o MPF se presta ao controle, pela própria administração tributária, das fiscalizações realizadas. Ademais, após o primeiro ato de ofício que dá início ao procedimento fiscal, com ciência pelo sujeito passivo do MPF, o procedimento segue o rito do Decreto nº 70.235/72, e a partir de então só a lei poderá determinar os vícios formais que possam levar a decretação da nulidade do lançamento.

Neste sentido, as regras a serem aplicadas são as do Decreto nº 70.235, de 1972, que ao tratar das nulidades no art. 59 assim dispõe:

“Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

No presente caso, não ocorreu qualquer dessas hipóteses, assim não há fundamento legal para a declaração de nulidade do auto de infração.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada, sobre a alegação de que o lançamento é nulo porque o MPF inicial havia sido emitido somente para o IRPJ, em 08/02/2007, e só em 06/07/2007, foi emitido MPF-C, estendeu a fiscalização para a CSLL, PIS e Cofins (fl. 02).

Multa de Ofício (75%)

Sustenta a recorrente, ainda em sede de preliminar, a nulidade da multa de 75%, isto porque de acordo com o art. 47, da Lei nº 9.430/96, o contribuinte sob fiscalização, tem até o 20º dia subsequente à data de recebimento do Termo de Início de Fiscalização, para o recolhimento dos tributos já declarados, com os acréscimos legais aplicáveis aos casos de procedimento espontâneo.

Todavia, a contribuinte teve ciência de que estaria sendo submetida à ação fiscal por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 15/02/2002 (AR fl. 37), tendo transcorrido *in albis* o prazo previsto no art. 47 da Lei nº 9.437, de 1996, sem que tivesse recolhido os tributos já declarados com os acréscimos legais pertinentes.

Ademais, no campo tributário, a multa de ofício traduz-se em penalidade pecuniária, prevista em lei, aplicável exclusivamente pela Fazenda Pública quando verifica, em procedimento de ofício, como no caso da fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias pelo contribuinte, que este praticou infração fiscal, ou seja, que descumpriu alguma(s) das obrigações tributárias a que estava normativamente submetido.

Com efeito, a multa de ofício decorre sempre de uma irregularidade fiscal praticada pelo sujeito passivo e não espontaneamente por ele sanada, sendo que, posteriormente, tal infração é descoberta/constatada pelo Fisco em procedimento regular de fiscalização, cabendo a este, por dever de ofício, aplicar sobre o infrator a sanção pecuniária correspondente.

A previsão para o lançamento de ofício encontra-se no art. 149 do CTN (transcrito logo abaixo), sendo que, conforme esclarece Luciano Amaro, na obra intitulada *Direito Tributário Brasileiro*, 12ª ed. (rev. e atual.), São Paulo: Saraiva, 2006, p. 361, o inciso V trata do lançamento de ofício substituto do lançamento por homologação quando este for infringido e o inciso VI o prevê para a aplicação de penalidades cominadas a infrações comissivas e omissivas da legislação tributária.

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V- quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte [art. 15º, que trata do lançamento ‘por homologação’];

VI- quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;"

(grifo acrescido)

Assim sendo, deve ser mantida a multa de ofício aplicada (75%).

Perempção

No caso dos autos, a interessada não contestou eficazmente o lançamento, alegando de forma genérica a sua improcedência, o que levou a DRJ a declarar a inexistência de impugnação pelo fato das matérias não terem sido expressamente contestadas.

Portanto, em relação ao mérito, o recurso não tem objeto.

Poder-se-ia, entretanto, considerar que algumas das matérias alegadas no recurso poderiam ser objeto de apreciação de ofício, em face do princípio da verdade material ou da oficialidade, inclusive em relação à inconstitucionalidade das alterações da base de cálculo das contribuições pela Lei nº 9.718, de 1997, muito embora tenha se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, a interessada não demonstrou em que medida tal fato repercutiria no crédito tributário lançado, o que seria fundamental para se proceder a alguma exclusão.

Ademais, a admissão de tal discussão no âmbito do recurso poderia levar ao surgimento de outro contraditório dentro do próprio processo, relativamente a receitas que poderiam classificar-se como faturamento ou não, o que, na situação dos autos, seria inadmissível.

Logo, em relação ao mérito, não há como ser conhecido o recurso, pois, não sendo impugnada matéria relativa ao auto de infração e, descumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 16, III, do Decreto nr. 70.235/72, não cabe apreciá-la quando alegada somente no recurso.

Conclusão

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso, e na parte conhecida negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 15 de fevereiro de 2012

Antônio Lisboa Cardoso – Relator

Processo nº 10218.000513/2007-11
Acórdão n.º **3301-01.328**

S3-C3T1
Fl. 352

CÓPIA