



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

Processo nº 10315.000618/2006-83
Recurso nº 258.228 Voluntário
Acórdão nº **3802-00.313 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 8 de dezembro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente SLA CONSULTORIA E PROJETOS S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ASSUNTO RESERVADO A LEI. IMPOSSIBILIDADE DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR ALEGADA FALTA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, como mero instrumento de controle administrativo interno das atividades de fiscalização, não se reveste em instrumento legal hábil para estabelecer competência, posto que tal prerrogativa é reservada exclusivamente a lei, por força da qual a autoridade competente para constituir o lançamento é o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

EXAME DE ALEGAÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

À autoridade administrativa falece competência para afastar a aplicação de norma sob fundamento de sua inconstitucionalidade, uma vez que tal apreciação é exclusiva do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. Tal questão é, inclusive, objeto da Súmula nº 2 do CARF.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004

COFINS. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM BASE EM INFORMAÇÕES PRESTADAS EM DIPJ. LEGITIMIDADE.

Legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento da COFINS não declarada em *Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais* -

DCTF, baseada em informações prestadas na *Declaração Integrada de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ*, já que os valores declarados nesta são meramente informativos, não se revestindo, pois, em instrumento de confissão de dívida, como ocorre na DCTF.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento aduzida pelo sujeito passivo e, no mérito, para negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo mesmo.

(assinado digitalmente)

REGIS XAVIER HOLANDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

FRANCISCO JOSÉ BARROSO RIOS - Relator.

EDITADO EM: 15/12/2010

Participaram, ainda, da presente sessão de julgamento, os Conselheiros Adécio Salvalégio, Mara Cristina Sifuentes (Suplente) e Tatiana Midori Migiyama (Suplente). Ausente o conselheiro Alex Oliveira Rodrigues de Lima.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 4ª Turma da DRJ Fortaleza, a qual, por unanimidade de votos, julgou procedente o lançamento formalizado contra a recorrente, nos termos do Acórdão nº 08-12.952, proferido em 22 de fevereiro de 2008.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório objeto da decisão recorrida, a seguir transcrito na sua integralidade:

Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, fls. 2/8, referente aos anos-calendário de 2003 e 2004, para formalização e exigência do crédito tributário nele estipulado no valor de R\$ 62.746,12 incluindo multa de ofício e juros de mora, estes calculados até 31/08/2006.

2. Referida exigência originou-se da apuração, pela fiscalização, da infração seguinte:

2.1. Insuficiência de Recolhimento ou Declaração da COFINS devida, apurada pelo cotejo entre os valores declarados em DIPJ e os declarados em DCTF e recolhimentos efetuados, conforme apuração apresentada na tabela “Insuficiência de Declaração e Recolhimento da COFINS” em anexo. Os valores da COFINS a pagar informados em DIPJ não foram objeto de pagamentos devidamente comprovados nem foram declarados em DCTF. Cujos fatos geradores, valores tributáveis ou contribuição, encontram-se discriminados às fls. 03/04.

2.1.1. Enquadramento legal: Arts. 2º, inciso II, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, e 51 do Decreto nº 4.524/02. O enquadramento legal da multa de ofício e dos juros de mora, encontram-se discriminados as fls. 08.

3. Inconformada com as exigências das quais tomou ciência em 20/12/2006, conforme comprovantes de fls. 73/76, a interessada ingressou com impugnação (fls. 86/106) em 18/01/2007, ao Auto de Infração da COFINS, fundamentando sua defesa, nos argumentos resumidos a seguir:

Dos Fatos

3.1. consta dos autos que o auditor fiscal ao analisar as DCTF e as DIPJ da defendente, encontrou diferenças entre estas e verificou a falta de pagamento;

3.1.1. de fato apresentou as DIPJ, nas quais efetuava o lançamento de valores devidos a título de PIS, mas não pagou todos os valores lançados, constituindo-se desta feita em mora. Ao examinar as DIPJ, o auditor fiscal verificou que a defendente havia efetuado os lançamentos, mas não havia pago parte dos tributos lançados, desta feita, de maneira açodada, entendeu lançar e cobrar via auto de infração os valores que a impugnante já havia lançado;

3.1.2. afirma que a fiscalização não encontrou omissão de receitas, simplesmente, verificou que havia sido entregue as declarações sem o pagamento dos valores declarados. Desse modo, a conclusão do autuante não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico, sendo absurdo o lançamento via auto de infração de valores que a própria autuada havia lançado na DIPJ;

Preliminar de Nulidade

3.2. entende que de fato faltava ao auditor fiscal competência para fiscalizar e autuar quanto a qualquer descumprimento de obrigação tributária, pois não foi emitido mandado de procedimento fiscal autorizando dita fiscalização e/ou diligência. Nesse aspecto, conclui com base em informação do auditor fiscal na primeira folha do processo, que o mandado de procedimento fiscal é documento indispensável e obrigatório para o lançamento Sub Examine, tanto que este deve ser a primeira folha do processo;

3.2.1. em seguida ressalta às fls. 88/89 a observação feita pelo autuante às fls. 01, com base no art. 11, inciso IV, da Portaria SRF nº 6.087, de 22/11/2005 – publicada no DOU página 22. Faz citações e comentários a respeito de alguns dispositivos da referida portaria, no caso a respeito do art. 11, incisos e parágrafo único e arts. 2º e 3º (fls. 89/90), trazendo inclusive o conceito de revisão com base no léxico, De Plácido e Silva e Editora Forense (fls. 91);

3.2.2. afirma que tomando por base os conceitos de procedimento fiscal e revisão será fácil concluir que o autuante não fez uma revisão, mas um procedimento fiscal, que deu o nome de revisão apenas para escapar da obrigação do MPF. Pois, a revisão interna das declarações que prescinde de MPF, é aquela procedida pelo simples exame da declaração oferecida pelo contribuinte, cujos erros são constatados independentemente da

verificação de outro elemento que não aqueles já disponíveis. Tem mais, os erros passíveis de revisão são as inexatidões materiais, os lapsos manifestos ou os erros de cálculo. A revisão implica em rever, em fazer novo exame com base nos dados e parâmetros disponíveis;

3.2.3. entende a interessada que no caso em tela tal não ocorreu, pois o autuante não se limitou a rever o lançamento com os elementos até então disponibilizados. Pelo contrário, pois verificou DIRF de tomadores de obras e serviços as cotejou com suas declarações, e ainda modificou o percentual sobre a receita bruta para determinação do lucro, mediante a arbitrária mudança da atividade exercida pela contribuinte;

3.2.4. se o auditor fiscal necessita de dados e informações além das que estão ao seu alcance, deve necessariamente pedir um MPF para amparar sua atuação. O qual tem diversas finalidades, sendo a mais importante a de dar segurança ao contribuinte de que está sendo provocado por um auditor fiscal, com legitimidade suficiente para exigir do cidadão um determinado fazer ou não fazer;

3.2.5. observe que o autuante diligenciou perante a contribuinte pedindo uma série de esclarecimentos e documentos. Se tivesse munido do MPF, maior segurança e transparência importaria, vez que bastaria ao cidadão verificar no sitio da receita se o mesmo estava com poderes para fiscalizar e com quais limites. Nesse passo afirma que o pedido de esclarecimentos remetido pelo fiscal autuante ao contribuinte é uma diligência, como bem diz o inciso II, do artigo 3º da Portaria nº 6.087/2005, ao dispor que diligências são as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual”, e que desacompanhada do MPF conduz a nulidade do processo;

3.2.6. continuando assevera, e não venham dizer que este pedido de esclarecimentos não é uma diligência, sob o pálio de ter sido realizada no âmbito interno da Receita Federal. Ora o inciso II do artigo 3º, da Portaria nº 6.087/2005, não faz essa distinção, e é bastante explícito ao falar em “ação destinada a coleta de informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual”;

3.2.7. assim sendo, no entendimento da impugnante toda ação destinada a coleta de informações em prol do procedimento fiscal é uma diligência, e a lógica recomenda que o seja. Portanto, se não existe MPF nos autos do processo, seja para a instauração da fiscalização, seja para a diligência efetuada, é forçoso concluir que todos os atos praticados pelo agente fiscal são nulos de pleno direito. Não pode o agente fiscal, sob nenhuma hipótese, fiscalizar sem o regular MPF. Dessa forma, o agente fiscal não dispunha de autorização para praticar atos de fiscalização, cabendo pois, anular o presente auto de infração;

3.2.8. reforçando seus argumentos de defesa traz a lume entendimento firmado pela doutrina e jurisprudências às fls. 94 a 98;

Do Mérito - Impossibilidade de Auto de Infração com Base em Valores Lançados.

3.3. um rápido exame nos autos de infração e nas DIPJ apresentadas é suficiente para constatar que os valores declarados são os mesmos exigidos nos autos. O lançamento via auto de infração só poderia se dar se a fiscalização constatasse erro ou omissão na declaração, e, ainda

assim, o auto só poderia ser sobre os valores omitidos ou errados, e nunca sobre os valores totais da declaração;

3.3.1. nesse contexto alega que, se a contribuinte declara (efetua o lançamento), e não paga, cabe ao fisco notificá-la para pagamento, incluindo, no caso, a multa de mora de 20 %;

3.3.2. alega a interessada, conforme se comprova nos autos, o autuante simplesmente verificou que a defendente não pagou os valores declarados (aceitando as informações e valores declarados) e formalizou o auto de infração. Se o fisco aceita o lançamento, homologado está aquele lançamento. Temos pois, incabível os autos de infração no caso em comento. Reforçando seus argumentos traz às fls. 99/100, entendimento do conselho de contribuintes em que foi decidido que não caberia lançamento de ofício se a contribuinte já havia efetuado o lançamento via DCTF e que no seu entender o mesmo princípio se aplica ao caso da contribuinte que efetuou o lançamento via DIPJ;

3.3.3. segundo a impugnante ainda que a COFINS fosse devida não seria na alíquota de 3 %, como prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, mas na alíquota de 2 %, como estabelecido no art. 2º, da Lei Complementar nº 70/91, diante do fato de ser inconstitucional o art. 8º, da Lei nº 9.718/98, por afrontar o princípio da hierarquia das leis, e ilegal por estar revogando um dispositivo de lei hierarquicamente superior. A respeito traz comentários as fls.101/104, sobre o art. 69 da Constituição Federal, com entendimentos firmados pela doutrina e jurisprudência;

3.3.4. alega a peticionante que o autuante não considerou em 1999 e 2000, 1/3 da COFINS a título de compensação com a CSLL, fato que o levou a lançar valores indevidos nesse período. Apesar do lançamento se dar via auto de infração, o contribuinte não perde o direito a eventuais benefícios tais como as compensações previstas na Lei nº 9.718/98. Desse modo, quando da exigência da CSLL, deveria o autuante ter verificado quanto poderia ser compensado com a COFINS, nos termos do art. 8º, e parágrafos da Lei nº 9.718/98, que cita às fls. 105/106.

3.3.5. Face ao exposto, requer que seja julgado improcedente e arquivado o auto de infração.

4. Foram anexados a defesa os documentos de fls. 107/108.

Os argumentos aduzidos pelo sujeito passivo, no entanto, não foram acolhidos pela primeira instância de julgamento administrativo fiscal, tendo a DRJ Fortaleza, como já dito, julgado procedente o lançamento, conforme ementa do Acórdão formalizado por sua 4ª Turma de Julgamento, nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2003, 2004

NORMAS PROCESSUAIS - MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário

Nacional acerca do lançamento tributário, e a dispositivo da Lei nº 10.593/2002, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Restando apurado nos autos que a contribuinte declarou a COFINS em DIPJ, no entanto não efetuou o recolhimento nem informou em DCTF, deve ser exigido de ofício o valor da COFINS correspondente, juntamente com os acréscimos legais.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

Lançamento Procedente

Cientificada da referida decisão, a interessada apresentou, tempestivamente – nos termos do despacho de fls. 260 –, o recurso voluntário de fls. 233/255, onde se insurge contra o lançamento com fundamento nos mesmos argumentos já expostos na primeira instância recursal, requerendo, finalmente, seja dado provimento a seu recurso, com a consequente reforma da decisão de primeira instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco José Barroso Rios

Preliminarmente

Da arguição de nulidade por suposta deficiência do Mandado de Procedimento Fiscal

É destituída de amparo legal a arguição de nulidade do lançamento em função de alegados erros formais relacionados ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, uma vez que este é um mero recurso de controle administrativo interno das atividades de fiscalização, não se revestindo, de forma alguma, em instrumento legal que estabeleça competência, até porque dito mecanismo de controle foi criado por portaria, enquanto a competência para o lançamento, privativa do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, é decorrente de lei complementar, prevista especificamente no art. 142 do CTN. Assim, mesmo se vislumbrada a desconformidade de alguns requisitos formais estabelecidos nas portarias que sucessivamente tem tratado do MPF, não se poderia cogitar de nulidade do lançamento por incompetência do agente.

Há que se ressaltar que as portarias que sucessivamente tem disciplinado o MPF não trazem nenhuma norma no sentido de considerar nulo o lançamento em decorrência da inobservância dos procedimentos ali disciplinados. E nem poderiam fazê-lo, por absoluta impossibilidade dessa matéria, repita-se, disposta em lei complementar, vir a ser tratada em simples portaria.

Com efeito, a nulidade deve ser perquirida em relação à lei, porquanto é a norma legal que estabelece os requisitos essenciais para a prática do ato administrativo, inclusive no que tange à competência do agente, sancionando com a nulidade aqueles atos que não obedecem a tais preceitos. A inobservância desses requisitos acarreta reprimenda legal caracterizada pela invalidade do ato. Assim, nulidade decorre da eventual inconformidade do ato administrativo com os requisitos essenciais estabelecidos em lei.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade estão previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, que considera nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Neste estágio de cognição não se vislumbra nenhuma dessas hipóteses, a não ser que se pretenda enquadrar como incompetência do agente o caso em que o MPF não está em sintonia com o ato normativo de regência. Todavia, a competência do agente fiscal para fiscalização e constituição de créditos tributários é conferida diretamente pela lei e não pelo mencionado ato infralegal, de modo que a eventual inobservância de regras atinentes ao MPF não tem o condão de tornar nulo o lançamento tributário que tenha atendido aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional e dos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972.

A tese de nulidade em decorrência de incorreções na emissão ou execução do MPF tem sido rechaçada pelos Conselhos de Contribuintes, prevalecendo a posição majoritária de que as incorreções no MPF não maculam o lançamento, conforme ementas a seguir transcritas, cujo teor adoto como fundamento deste voto:

“MPF. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POSTULADOS. INOBSERVÂNCIA. CAUSA DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) fora concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal. Não atinge a competência impositiva dos seus Auditores Fiscais que, decorrente de ato político por outorga da sociedade democraticamente organizada e em benefício desta, há de subsistir em quaisquer atos de natureza restrita e especificamente voltados para as atividades de controle e planejamento das ações fiscais. A não-observância - na instauração ou na amplitude do MPF - poderá ser objeto de repreensão disciplinar, mas não terá fôlego jurídico para retirar a competência das autoridades fiscais na concreção plena de suas atividades legalmente próprias. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. (...)” (Acórdão nº 107-06797, Data da Sessão: 18/09/2002, Primeiro Conselho de Contribuintes, Sétima Câmara, Relator: Neicyr de Almeida)

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF - 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, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária. Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da pessoalidade. Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. Recurso de ofício a que se dá provimento.” (Acórdão nº 107-06820, Data da Sessão: 16/10/2002, Primeiro Conselho de Contribuintes, Sétima Câmara, Relator: Luiz Martins Valero)

“MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. Recurso parcialmente provido.” (Acórdão nº 105-14070, Data da Sessão: 19/03/2003, Primeiro Conselho de Contribuintes, Quinta Câmara, Relator: Nilton Pess)

“PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário. E, por estar comprovado que o procedimento fiscal foi efetuado de forma regular. Recurso parcialmente provido.” (Acórdão nº 106-13188, Data da Sessão: 30/01/2003, Primeiro Conselho de Contribuintes, Sexta Câmara, Relator: Luiz Antonio de Paula)

“NULIDADE - INOCORRÊNCIA – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. Preliminar rejeitada. Recurso negado.” (Acórdão nº 108-07458, Data da Sessão: 02/07/2003, Primeiro Conselho de Contribuintes, Oitava Câmara, Relator: Luiz Alberto Cava Maceira)

(grifos nossos)

Portanto, quaisquer dados relacionados ao MPF são estranhos à definição da competência da autoridade fiscal, consistindo apenas em critérios de planejamento administrativo das atividades fiscais, o que, de fato, representa o escopo que motivou a criação do instrumento em questão.

Por fim, importa ainda ressaltar que, como muito bem posto na decisão de primeira instância, a questão em exame é decorrente de procedimento de revisão interna de declarações, procedimento o qual, nos termos do inciso IV do artigo 11 da Portaria SRF nº 6.087, de 22/11/2005, **dispensa a formalização de MPF.**

Rejeita-se, pois, o argumento em defesa da nulidade do lançamento, aduzido pelo sujeito passivo.

Mérito

No mérito, também não merecem ser acolhidas as alegações do sujeito passivo.

Na sua petição, a recorrente não demonstrou a improcedência da exigência relativa à COFINS, formalizada mediante a lavratura do auto de infração ora contestado.

Especialmente sobre a questão, a decisão de primeira instância deixou muito bem consignada a legitimidade da exigência, nos seguintes termos:

7.2. Conforme consta do termo de intimação de fls. 40/41, do relatório da atividade fiscal de fls. 49/50 e do auto de infração (fls. 02/08), os valores da COFINS a pagar informados na DIPJ (fls. 12/31) não foram objeto de pagamento nem foram declarados em DCTF (fls. 33/39).

7.3. A partir do exercício de 1999 ano-calendário de 1998, foi extinta a Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica tributada pelo lucro real, presumido ou arbitrado (IN 127/98, art. 6º, e IN 91/99, art. 2º), ocasião em que esta declaração deixou de constituir confissão de dívida. A partir de então foi instituída a Declaração Integrada de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ (IN 127/98), a qual não constitui confissão de dívida, é apenas uma declaração de informação.

7.3.1. Diferentemente, os dados declarados na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF apresentada antes de iniciado qualquer procedimento de ofício tem o condão de constituir em “confissão de dívida” os dados, relativos a tributos e contribuições, nela informados como “saldos a pagar”. Todos os valores informados na DCTF serão objeto de procedimento de auditoria interna. Os saldos a pagar relativos a cada imposto ou contribuição, informados na DCTF, se não pagos, serão enviados para inscrição em Dívida Ativa da União após o término dos prazos fixados para a entrega da DCTF.

7.4. Desse modo, serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrente de pagamento, parcelamento, compensação, ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (MP 2.158-35/01, art. 90).

7.5. No mesmo sentido o lançamento pode ser efetuado de ofício nos termos previstos no art. 841, do Regulamento do Imposto de Renda RIR/99, “verbis”:

“Art. 841. O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 77, Lei nº 2.862, de 1956, art. 28, Lei nº 5.172, de 1966, art. 149, Lei nº 8.541, de 1992, art. 40, Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, Lei nº 9.317, de 1996, art. 18, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 42):

I - não apresentar declaração de rendimentos;

II - deixar de atender ao pedido de esclarecimentos que lhe for dirigido, recusar-se a prestá-los ou não os prestar satisfatoriamente;

III - fizer declaração inexata, considerando-se como tal a que contiver ou omitir, inclusive em relação a incentivos fiscais, qualquer elemento que implique redução do imposto a pagar ou restituição indevida;

IV - não efetuar ou efetuar com inexatidão o pagamento ou recolhimento do imposto devido, inclusive na fonte;

V - estiver sujeito, por ação ou omissão, a aplicação de penalidade pecuniária;

VI - omitir receitas ou rendimentos.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o lançamento de ofício, além dos casos enumerados neste artigo, àqueles em que o sujeito passivo, beneficiado com isenções ou reduções do imposto, deixar de cumprir os requisitos a que se subordinar o favor fiscal.”

7.6. Assim, com base nos dispositivos legais mencionados às fls. 04, foi apurado nos presentes autos falta ou insuficiência de recolhimento da COFINS que apesar de informado em DIPJ, a interessada não logrou comprovar haver efetuado os pagamentos ou informado em DCTF, cabendo pois a exigência das diferenças apuradas juntamente com os acréscimos legais, nos termos da legislação de regência.

[...]

(grifos nossos)

No que diz respeito ao alegado direito à compensação de 1/3 da COFINS com a CSLL, tal possibilidade, vale destacar, outrora prevista no § 1º, do artigo 8º, da Lei nº 9.718/98, foi posteriormente revogada pela Medida Provisória nº 2.158-35 de 2001. Como os fatos geradores objeto da lide dizem respeito aos anos-calendário de 2003 e 2004, claro está que a recorrente já não mais poderia se beneficiar da dedução em questão, por absoluta falta de previsão legal.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, é verdade que tal norma, de fato, foi parcialmente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas isso somente no que diz respeito à **ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS objeto do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998**. O STF, inclusive, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, **reconheceu a repercussão geral do tema**, o que motivou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN nº 294, de março de 2010, a dispensar os Procuradores da Fazenda Nacional de apresentar contestação e de interpor recursos, dentre outras hipóteses, em relação à discriminada no inciso V de seu artigo 1º, segundo a qual: **“V – quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão já definida, pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede de julgamento realizado na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC, respectivamente”**. O artigo 543-B do CPC trata, justamente, da análise da repercussão geral.

No exame do mérito, como se sabe, o julgador administrativo está vinculado à legalidade estrita, por força do disposto no artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Especificamente sobre o exame de constitucionalidade de norma, o *caput* do artigo 62 do Anexo II do mesmo Regimento veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito *“que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”*.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária,

afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, em relação à ampliação da alíquota da COFINS de 2 % para 3 %, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 357.950 (rel. min. Marco Aurélio - DJ de 15/08/2006), afastou a alegação de reserva de lei complementar para modificação da alíquota do tributo, porquanto a exação tinha fundamento de validade na redação à época vigente do art. 195, I, da Constituição Federal.

Assim, **a hipótese presente não se enquadra dentre os permissivos legais para o afastamento da norma**, devendo esta ser observada pelo julgador administrativo, que à ela está vinculada, dada a necessidade de observação do princípio da legalidade estrita, como já ressaltado.

Aliás, especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o *caput* do artigo 69 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais não se enquadra a matéria fática examinada. Vale lembrar que tal restrição já estava contemplada no artigo 49 do antigo Regimento dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007.

Finalmente, vale lembrar que o disposto acima também está pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, cuja Súmula nº 02 estabelece o seguinte: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Da conclusão

Por todo o exposto, voto para **rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento aduzida pelo sujeito passivo** e, no mérito, para **negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo mesmo**.

Sala de Sessões, em 08 de dezembro de 2010.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Relator

Assinado digitalmente em 15/12/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS, 16/12/2010 por REGIS XAVIER HOLANDA

Autenticado digitalmente em 15/12/2010 por FRANCISCO JOSE BARROSO RIOS
Emitido em 19/08/2011 pelo Ministério da Fazenda