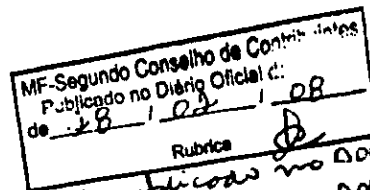




Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

Recorrente : POSTO JARDIM DO TREVO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP



Republicado no DOU de 08.04.08
Retificado no DOU de 14.04.08

COFINS. DECADÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF constitui elemento de controle da fiscalização. Não é indispensável, todavia, para o disparo da ação fiscal, sobretudo porque imposta ao Fisco. Inteligência do parágrafo único do artigo 142 do CTN.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
POSTO JARDIM DO TREVO LTDA.

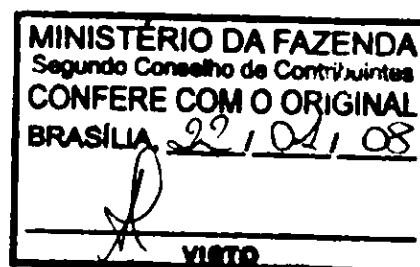
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva (Relator) e Maria Teresa Martínez López, que davam provimento ao recurso. Designado o Conselheiro Cesar Piantavigna para redigir o voto vencedor. O Conselheiro Leonardo de Andrade Couto votou pelas conclusões.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004.

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

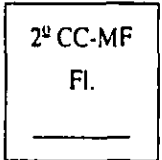
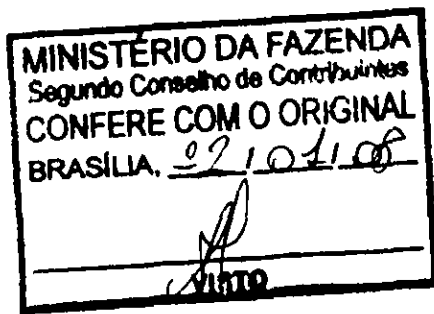
Cesar Piantavigna
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Luciana Pato Peçanha Martins, Emanuel Carlos Dantas de Assis e Valdemar Ludvig.
/eaal/fab





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

Recorrente : POSTO JARDIM DO TREVO LTDA.

RELATÓRIO

Nas fls. 58/64, Acórdão DRJ/CPS nº 2.070, registrando o lançamento como procedente, pela insuficiência de recolhimento da Contribuição para a COFINS, sob o fundamento de que o MPF é mero instrumento de controle administrativo e ainda que, qualquer irregularidade em sua emissão não acarreta nulidade.

Isto porque a Contribuinte argüiu na Impugnação de fls. 43/48, que o Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido para examinar o IRPJ e não a COFINS.

A Ilustre Relatora de Primeira Instância, afirma que o Parecer Cosit 9/99, diz que os requisitos formais do ato administrativo do lançamento estão contidos no art. 142 do CTN e 10 e 11 do PAF, e que irregularidades sanáveis são aquelas que não chegam a tocar nos elementos constitutivos do ato e que a Lei nº 9.784/99 no art. 22, reverbera que os autos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando houver exigência de lei.

Transcreve excerto do Acórdão nº 107-06.276 deste Conselho.

Quanto a ampliação da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 afirma que a Autoridade Administrativa não tem competência para avaliar constitucionalidade desse texto o dos enquadramentos legais apontados no Auto de Infração.

Inconformada, a Contribuinte interpõe Recurso Voluntário nas fls. 68/77 onde inicia dizendo que o MPF de fl. 01, autorizou apenas à fiscalização do IRPJ e não de COFINS.

A Ação Fiscal centrou-se na hipótese de omissão de receita que, ao final, não restou constatada a partir dos esclarecimentos prestados.

Diz a Recorrente que deduziu, a partir desse resultado, que a fiscalização havia sido concluída dentro da normalidade, porém, para sua surpresa, no momento do encerramento ficou conhecendo o novo rumo da auditoria fiscal que, ao invés dos períodos de apuração de 1998 para o IRPJ, migrou para determinar o arbitramento do lucro nos últimos cinco exercícios.

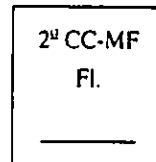
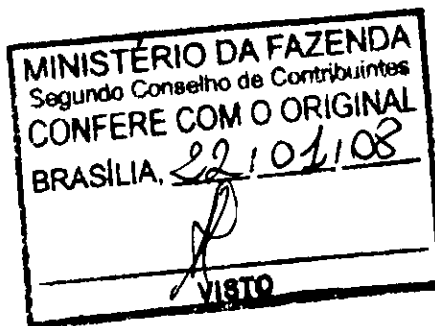
Afirma que MPF complementar lhe foi entregue no dia em que tomou ciência dos autos de infração.

Alega que prevalecendo o entendimento de que os lançamentos sob comento estão contidos no âmbito das verificações obrigatórias, todas as fiscalizações alcançariam os últimos cinco anos e que, entra em choque o fato de o MPF ter indicado o IRPJ do ano-calendário de 1988 com tais verificações obrigatórias, fazendo com que o secundário seja mais forte do que o principal.

Continua argumentando que a Portaria nº 1.265/99 criou o MPF como instrumento de controle funcional das atividades de fiscalização, teve regulação pelo Decreto nº 7.724/01, ganhando *status* institucional, e caracterizando condição de procedibilidade para a prática do lançamento tributário, sob pena de nulificar os lançamentos emitidos sem essa autorização.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

Transcreve entendimento do jurista José Antônio Minatel (fl. 75) que entende ter o MPF dado *"publicidade a procedimento até então interno, com o objetivo de disciplinar e organizar a distribuição dos trabalhos a cargo da administração tributária federal, dando efetividade aos princípios da impessoalidade, objetividade, lealdade, moralidade e transparência dos atos praticados pela administração pública."*

Nesses comentários está também presente o entendimento de que a ausência do MPF possibilita a decretação da invalidade do lançamento, resultando em anulação por vício formal, que autoriza a formalização de outro lançamento para efeitos de saneamento no prazo previsto no art. 173, II, do CT.

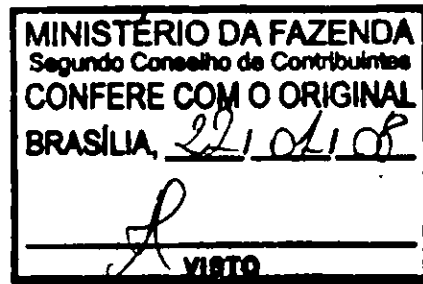
Em seguida, perpassa razões sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

É o relatório.

R *B*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA

O Recurso preenche condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Constato na fl. 01 destes autos, que está registrado no MPF com data de ciência 20.03.2001, o seguinte:

*PROCEDIMENTO FISCAL: FISCALIZAÇÃO
TRIBUTOS/CONTRIBUIÇÕES; IRPJ
PERÍODO DE APURAÇÃO
00/1998*

Do mesmo modo, na fl. 02, MPF complementar com data de ciência 20.06.2001, com o seguinte registro:

ENCAMINHAMENTO

Determino, nos termos da Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, alterada pela Portaria SRF nº 1.614 de 30 de novembro de 2000 e pela Portaria SRF nº 407, de 17 de abril de 2001, a alteração do MPF nº 0810400200100227 0, conforme definido pelo presente Mandado de Procedimento Fiscal Complementar. Qualquer ato praticado pelo Contribuinte/Responsável que impeça ou dificulte o andamento deste procedimento fiscal, ou a sua conclusão, motivará sua prorrogação.

Ainda na fl. 03, MPF-C nos termos do imediatamente acima, acrescentando prazo de execução até 16.08.2001, com data de ciência em 24.07.2001.

Fica claro portanto, que, quer no MPF originário quer no complementar, está de fato ausente qualquer registro a tributo ou contribuição, afora o IRPJ.

Verifico também que a Recorrente tomou ciência do Auto de Infração em 06.08.2001 isto comprovando que as dilações dos MPF's foram científicas antes dessa data.

O deslinde da matéria nesta fase recursal é saber se a fiscalização pode ou não, com substrato no título VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS do MPF, alcançar outro tributo que não o registrado no título PROCEDIMENTO FISCAL.

Tenho para mim que fica, iniludivelmente caracterizado, incongruência no documento fiscal denominado MPF, posto que, no seu cabeçalho está a constar, exclusivamente, IRPJ e em um subtítulo dele mesmo, todos os tributos e contribuições administrados pela SRF.

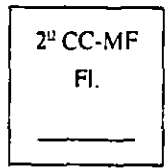
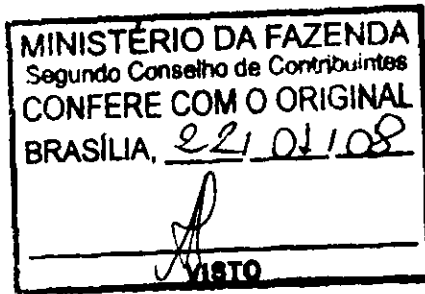
Assim, tratando-se de documento que objetiva a preservação do controle administrativo das fiscalizações, inconcebível nele existir dois parâmetros disformes entre si, além do que, induz a Recorrente em expectativa de área tributária específica.

A

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

Quanto ao exame de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, a esfera administrativa não é competente.

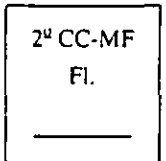
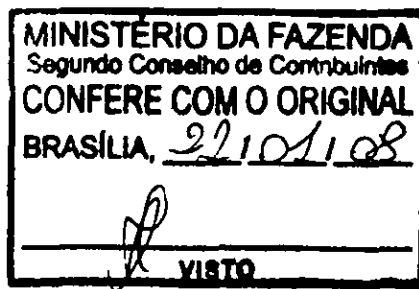
Diante do exposto, dou provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004

~~FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA~~



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

VOTO DO CONSELHEIRO CESAR PIANTAVIGNA
RELATOR-DESIGNADO

Conforme venho manifestando em outros julgamentos, reputo a peça denominada de Mandado de Procedimento Fiscal simples instrumento de controle de atos fiscalizatórios promovidos no âmbito da Secretaria da Receita Federal.

Transcrevo, nessa vereda, as colocações feitas ao ensejo do julgamento do recurso Voluntário nº 123.365, de minha relatoria, que se inclinou sobre o tema:

Sem entrar nos pormenores da alegação antecipo que o mandado de procedimento fiscal não é parâmetro de aferição da competência de agente que subscreve auto de infração.

Ao estabelecer os aspectos necessários ao auto de infração o artigo 10, do Decreto 70.235/72, estabeleceu que "o auto de infração será lavrado por servido competente...".

Ao preceituar as competências dos auditores da receita federal, precisamente dos auditores do tesouro nacional – conforme eram designados até passado recente, o Decreto 90.928/85 – em seu artigo 1º, II, que conjuntamente com o Decreto-Lei 2.225/85 regravam o cargo referido, dispôs que os mesmos encarnavam os agentes incumbidos da fiscalização e lançamento de tributos administrados pela Receita Federal, dentre os quais se insere o Pis:

Sem entrar nos pormenores da alegação, antecipo que o mandado de procedimento fiscal não é parâmetro de aferição da competência de agente que subscreve auto de infração.

Ao estabelecer os aspectos necessários ao auto de infração o artigo 10, do Decreto nº 70.235/72, estabeleceu que "o auto de infração será lavrado por servidor competente...".

Ao preceituar as competências dos auditores da receita federal, precisamente dos auditores do tesouro nacional - conforme eram designados até passado recente, o Decreto nº 90.928/85 – em seu artigo 1º, II, que conjuntamente com o Decreto-Lei nº 2.225/85 regravam o cargo referido, dispôs que os mesmos encarnavam os agentes incumbidos da fiscalização e lançamento de tributos administrados pela Receita Federal, dentre os quais se insere o PIS:

"Artigo 1º. A Carreira de Auditoria do Tesouro Nacional compreende os cargos de provimento efetivo a que são inerentes atividades ligadas a:

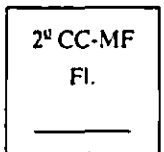
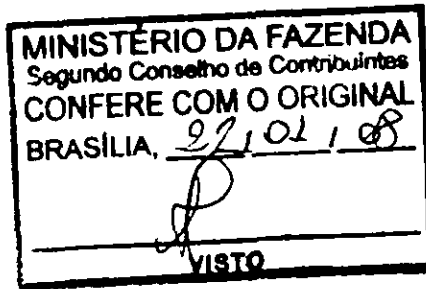
II – normatização, controle e verificação do cumprimento das obrigações tributárias e da realização e administração da receita federal;"

Se o Auditor é competente para "realizar..." a "receita federal", obviamente que está autorizado a empreender lançamentos tributários.

Convém dizer, para registro, que o regramento constante do Decreto nº 90.928/85 foi recepcionado como lei ordinária pela ordem constitucional instaurada com a Carta de 1988, em atenção ao primado da legalidade estatuído no caput, do artigo 37, combinado com o artigo 61, § 1º, II, "a" e "c", do Texto Supremo, na medida em que



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887

compôs a base normativa do então cargo de Auditor do Tesouro Nacional (hoje Auditor da Receita Federal), pois o Decreto-Lei nº 2.225/85 não especificou a função inerente ao posto administrativo aludido, restringindo-se a preceituar a sua criação, segundo infere-se de seu artigo 1º:

“Artigo 1º. Fica criada, no Quadro Permanente do Ministério da Fazenda, a Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, composta dos cargos de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, Técnico do Tesouro Nacional, conforme anexo I deste Decreto-Lei, e com lotação privativa na Secretaria da Receita Federal.”

A normativa atual sobre a competência dos Auditores não discrepa da anterior, consoante verifica-se do artigo 6º, I, “a”, da Lei nº 10.593/02:

“Artigo 6º. São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I – em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;”

Antes da aludida consolidação normativa foram editadas as Medidas Provisórias nºs 1.915/99 (artigo 4º, I, a), 1.971/99, 2.093/00 e 46/02, que em seus artigos 6º, I, a, continham idêntica previsão. A conversão da Medida Provisória nº 46/02 resultou na Lei nº 10.593/02.

Nessa sorte de considerações verifica-se que a competência para a incumbência, que deve advir de previsão legal, foi devidamente preenchida por norma jurídica hábil a tanto.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO vem em abono da afirmação, lecionando que:

“...a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis. Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo.” (Direito Administrativo. 15ª ed. Atlas. São Paulo. 2003. p. 196 – negrito do original)

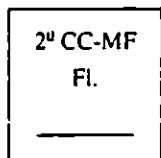
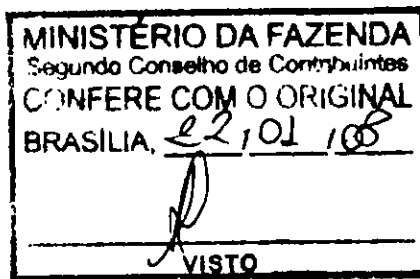
Se a legislação deferia competência para o auditor proceder à lavratura de auto de infração, não é possível deixar-se seduzir por alegações de incompetência que não se baseiem em transgressão à Lei materializadora da função do agente e das atividades ao mesma atribuídas, a exemplo do argumento esposado no recurso voluntário.

Não se concebe, dessarte, que a não observância de qualquer norma interna da Administração Pública que tenha criado o tão censurado mandado de procedimento fiscal, e os desdobramentos deste, tenha o poder de caracterizar infringência de competência que foi definida em diploma com status de Lei, ou seja, o Decreto-Lei invocado anteriormente definidor do munus do agente denominado de auditor do tesouro nacional, hoje designado auditor da receita federal.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10830.005177/2001-72
Recurso n° : 124.176
Acórdão n° : 203-09.887



Admitir o contrário seria consentir que norma infra-legal tem o poder de desfigurar, ou no mínimo restringir, competência legalmente (rectius: decorrente de LEI) outorgada a servidor público, o que é impensável, sobretudo diante da principiologia estabelecida no artigo 84, IV, da Constituição Federal, disposição esta que deixa evidente que nenhuma norma inferior às leis pode transgredir, ampliar ou amiar o que nelas está disciplinado:

*"Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução." (grifos da transcrição)*

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se pronunciou sobre a matéria, consoante verifica-se do seguinte aresto:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO REGULAMENTAR. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO.

I – Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade.

II – Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não está sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do S.T.F.: ADINs n°s 311-DF e 536-DF.

III – Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida." (ADI n° 589/DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgada em 20/09/1991. D.J.U. 18/10/1991, p. 14.549 – grifos da transcrição)

O mandado de procedimento fiscal deve ser enxergado, até mesmo por assumir fidedignamente tal papel, como mero elemento de distribuição de serviço, sem aptidão para produzir alegações relacionadas à incompetência de agente da administração fazendária federal.

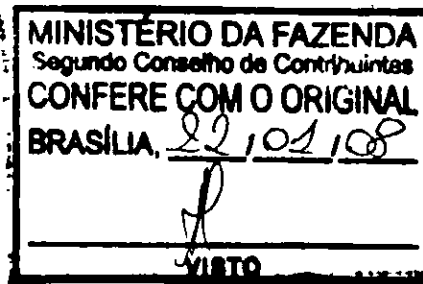
Com efeito, a partir do momento que a Lei define a competência do agente sobre espaço para a Administração pública reger somente questiúnculas referentes às execuções das atividades relacionadas à função legalmente definida, sem que tanto importe em prejuízo ou deflagre incompetência, caso detectada alguma irregularidade nos pequenos pontos disciplinados. Diversamente, no contexto de órgãos ou funções que não receberam individualização jurídica a Administração Pública pode estabelecer lícitos parâmetros mediante expedição de normas infra-legais (a exemplo de Decretos – artigo 84, IV, da CF/88, Instruções Ministeriais – artigo 87, parágrafo único, II, da CF/88, Portarias, etc...) que inevitavelmente servirão de suporte à aferição de competência de agentes públicos. Havendo violação da disciplina baixada nestes diplomas, no tangente às incumbências que outorgam a servidores da Administração, caracterizada estará a incursão no critério competência do agente, fator que poderá ocasionar a anulação do ato administrativo visado.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, com amparo nas lições de RENATO ALESSI, é precisa a respeito:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10830.005177/2001-72
Recurso nº : 124.176
Acórdão nº : 203-09.887




“Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada, em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente, subdivisão dos órgãos criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho.

Só que, nessas hipóteses, aplicam-se os efeitos referidos por Alessi, ou seja, a competência, com valor e conteúdo propriamente jurídicos, só existe com relação aos órgãos criados e estruturados por lei; com relação aos demais, a competência terá valor meramente administrativo. Em consequência, somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso que haja sido infringida a competência definida em lei.” (ob. cit. p. 197. grifos da transcrição. Negrito do original)

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004.


CESAR PLANTAVIGNA