



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

Processo nº 10950.003104/2010-71
Recurso nº 893.645 Voluntário
Acórdão nº **3801-001.593 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 27 de novembro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO/PIS E COFINS
Recorrente M. A. FALLEIRO & CIA. LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/02/2009 a 28/02/2009, 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

DÉBITOS INFORMADOS EM DIPJ. CONFISSÃO DE DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE.

A partir do ano-calendário 1999, a DIPJ possui caráter meramente informativo. Não tendo os débitos sido recolhidos, nem tampouco declarados em DCTF, que possui caráter de confissão de dívida, mas tão somente informados em DIPJ, cabível é o lançamento de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2009 a 28/02/2009, 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

CONTRIBUIÇÃO PARA A COFINS. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Comprovado nos autos o recolhimento a menor da contribuição, deve ser mantido o auto de infração que exige o complemento do valor devido.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A Cofins, na apuração pela sistemática não-cumulativa, incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, inclusive sobre o ICMS que é um elemento componente do preço, que comporá, no somatório, o valor que servirá de base de cálculo daquela contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Comprovado nos autos o recolhimento a menor da contribuição, deve ser mantido o auto de infração que exige o complemento do valor devido.

PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O Pis, na apuração pela sistemática não-cumulativa, incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, inclusive sobre o ICMS que é um elemento componente do preço, que comporá, no somatório, o valor que servirá de base de cálculo daquela contribuição.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (I) - Por unanimidade de votos, não sobrestar o processo; (II) - Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação às preliminares de cerceamento de defesa e de que o crédito tributário já sido constituído pelo contribuinte; (III) - Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à preliminar de vício do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Vencidos os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira que reconheciam a nulidade; (IV) - Por unanimidade de votos, no mérito, negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral o Dr. Carlos Alexandre Tortato, OAB/PR nº 236.471.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 03/12/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), José Luiz Bordignon, Marcos Antonio Borges, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

*Trata o processo de Auto de Infração de **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins**, às fls. 308/314, que exige R\$ 154.514,43 de Cofins, R\$ 115.885,81 de multa de ofício, além dos acréscimos legais; e Auto de Infração de **Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS**, às fls. 301/307, que exige R\$ 16.566,52 de PIS, R\$ 12.424,88 de multa de ofício, além dos acréscimos legais; em decorrência de diferença apurada entre o valor escriturado na contabilidade e o declarado/pago, no ano-calendário de 2009.*

Cientificada dos lançamentos em 16/06/2010 (fls. 306 e 311), a interessada, por intermédio de seus procuradores legalmente constituídos (fls. 352/358), apresentou, em 14/07/2010, a impugnação de fls. 319/350, tecendo as argumentações que a seguir estão sintetizadas.

*Sob o título "Da Nulidade por Lançamento de Ofício Realizado Quando da Existência de Crédito Tributário Previamente Constituído", pondera que a apresentação do Dacon e da DIPJ pela empresa constitui em lançamento tributário, conforme determina o art. 142 do CTN, já que é um espelho da apuração das contribuições sociais, ao contrário da DCTF que é um mero instrumento de confissão de dívida. Sob essa visão, diz que tendo sido prestada a declaração (art. 149 do CTN) com a entrega do Dacon pelo contribuinte, não há que se falar em lançamento de ofício ou revisão de lançamento, eis que tratar-se-ia de duplicidade de lançamento. Nessa mesma linha de raciocínio, acrescenta que "se os livros fiscais e os comprovantes dos lançamentos neles realizados deverão permanecer à disposição da fiscalização até que ocorra a **PRESCRIÇÃO** dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram, por óbvio que o artigo está falando de obrigação tributária convertida em crédito tributário através do procedimento conhecido por lançamento. Ou seja, os registros fiscais do contribuinte constituem-se em lançamento, já que, acaso assim não fosse, o parágrafo único do artigo 195 do CTN não estaria referindo-se em prescrição, mas sim em decadência dos créditos tributários decorrentes das operações retratadas em tais livros."*

*Conclui que, após o crédito estar regularmente inscrito, pela entrega da declaração respectiva (Dacon, **DIPJ**, GFIP), deveria o Fisco aguardar o prazo para pagamento do débito, para então promover a execução fiscal, independentemente de qualquer outro ato de ciência ou notificação. E se constatada eventual diferença nos pagamentos, caberia intimar o sujeito passivo para recolher o débito sob pena de inscrição em dívida ativa e*

posterior execução, jamais lançar novamente o crédito tributário com as penalidades inerentes ao lançamento de ofício. Argumenta que a fiscalização limitou-se a indicar a matéria tributável, o período e o sujeito passivo, sem preocupar-se com o aspecto quantitativo do fato gerador, pois, não há no procedimento qualquer menção ao cálculo utilizado para se chegar a base de cálculo que amparou a autuação, pelo que maculado está o princípio da ampla defesa, eis que fica impossível do contribuinte manifestar-se sobre a matéria.

Alega a nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF-F), por falta de ciência ao sujeito passivo das prorrogações de prazo do procedimento fiscal, uma vez que o Auditor Fiscal não dispunha de autorização legal para continuar na fiscalização da empresa, afigurando vício formal insanável no presente processo, a culminar com sua nulidade. No mesmo sentido, protesta pela nulidade dos lançamentos de PIS e Cofins, uma vez que o Auditor Fiscal extrapolou os limites do MPF, por não ter sido incluído no objeto de fiscalização dos tributos e período de apuração que a fiscalização estava sujeita.

Ressalta que não foi observado o Princípio do Devido Processo Legal, na medida em que não se procedeu a intimação da empresa acerca da prorrogação do prazo constante do MPF, ferindo, em consequência, o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e também o Princípio da Legalidade, pelo fato de não ter seguido à risca as leis nos procedimentos administrativos de fiscalização, mais precisamente o Decreto nº 70.235/72 e a Portaria RFB nº 11.371/07.

Pretende, por outro lado, que a multa seja reduzida de 75% para 20%, uma vez que, a seu ver, o débito foi devidamente constituído, pela entrega do Dacon, já que não caberia, no caso, lançamento de ofício, devendo incidir somente a multa de mora, ante o atraso no pagamento do débito.

Alega a inconstitucionalidade dos dispositivos que incluem o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, por não estar esse tributo incluído no conceito de faturamento, vigente até dezembro de 2002 para o PIS, e vigente até fevereiro de 2004 para a Cofins, e nem no conceito de receita vigente nas Leis nº 10.637 para o PIS e nº 10.833 para a Cofins. Faz um relato da evolução legislativa do PIS e da Cofins, salientando a impossibilidade da inclusão do ICMS em suas bases de cálculo.

Referindo-se ao conceito de faturamento e receita, diz que o faturamento deve ser entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constituindo a base de cálculo da contribuição e que nem todos os valores que entram no cofre das empresas são receitas, tais como os impostos indiretos, cancelamento de vendas, devoluções de mercadorias etc. Por isso, aduz ser ilegal a inclusão do ICMS no conceito de receita e faturamento, já que não é objeto de mercancia, mas sim um ônus suportado pelo contribuinte decorrente de sua atividade empresarial, sendo o empresário mero agente arrecadador.

Arremata dizendo que a não-exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins torna o auto de infração ilíquido,

sendo impossível reconstituir a base de cálculo das contribuições em sede de recurso administrativo.

A Delegacia de Julgamento em Curitiba proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA

Período de apuração: 01/02/2009 a 28/02/2009, 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por, pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. NULIDADE.

Verificando-se, nos autos, a obediência aos ditames da legislação que rege o MPF, no tocante à emissão, ciência e prorrogação, não há que se falar em nulidade na emissão desse documento, que, ademais, sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da auditoria fiscal.

DIPJ. DACON. GFIP. NATUREZA JURÍDICA.

A DIPJ, o Dacon e a GFIP têm caráter meramente informativos e declaratórios, não estando tais documentos revestidos pela legislação como instrumentos de confissão de dívida, para efeito de inscrição do saldo a pagar em Dívida Ativa da União.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

LANÇAMENTO. DIFERENÇAS APURADAS EM INFORMAÇÃO PRESTADA EM DCTF.

As diferenças apuradas entre os Valores registrados na contabilidade e as informações prestadas em DCTF, relativamente aos débitos do PIS/Pasep, devem ser objeto de lançamento de ofício.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobra-se multa de ofício na forma prevista na legislação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2009 a 28/02/2009, 01/04/2009 a 31/05/2009, 01/07/2009 a 31/07/2009

LANÇAMENTO. DIFERENÇAS APURADAS EM INFORMAÇÃO PRESTADA EM DCTF.

As diferenças apuradas entre os valores registrados na contabilidade e as informações prestadas em DCTF, relativamente aos débitos da Cofins, devem ser objeto de lançamento de ofício.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da Cofins, pois esse valor é parte integrante do prego das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobra-se multa de ofício na forma prevista na legislação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 373 a 405, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

DOS PEDIDOS:

Ante todo o exposto, requer dignem-se os Ilustres Julgadores apreciar as preliminares suscitadas, para:

- I) DECLARAR NULO** o Processo Administrativo Fiscal nº 10950.003104/2010-71, ante a ocorrência de nulidade do lançamento de ofício realizado pelo Fisco, eis que já havia crédito tributário constituído pelo contribuinte, ora Recorrente, com a entrega das declarações (DIPJ, DACON), conforme expresso no item II.I.
- II) DECLARAR NULO** o Processo Administrativo Fiscal nº 10950.003104/2010-71, tendo em vista que o MPF-F não foi alterado para incluir em seu objeto a fiscalização sobre o PIS e a COFINS do ano-

calendário 2009, violando o art. 7º, § 1º, da Portaria RFB nº11.371/07, conforme exposto no item II.III.I.

III)

DECLARAR NULO o Processo Administrativo Fiscal no 10950.003104/2010-71, ante a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que ausentes elementos do fato gerador da obrigação tributária (memorial de cálculo detalhado utilizado pelo fiscal para apurar a base de cálculo do tributo devido) fundamentais para que o contribuinte, ora Recorrente, apresentasse sua defesa de forma completa, como determina o artigo 5º, LV da Carta Magna, conforme exposto no item II.II.

IV)

DECLARAR NULO o Processo Administrativo Fiscal nº 10950.003104/2010-71, tendo em vista que não foi dada ciência ao contribuinte, ora Recorrente, quando do primeiro ato após as prorrogações efetuadas pelo Auditor Fiscal, conforme exposto no item II.III.II.

V)

DECLARAR NULO o Processo Administrativo Fiscal nº 10950.003104/2010-71, tendo em vista que o MPF-F violou o princípio do contraditório e da ampla defesa.

VI)

DECLARAR NULO o Processo Administrativo Fiscal nº 10950.003104/2010-71, tendo em vista que o MPF-F violou o princípio da legalidade.

Vencidas as preliminares, **em relação ao mérito**, requer a Recorrente, que se dignem Vossas Senhorias em:

VII)

DETERMINAR a redução da multa de 75% para 20%, eis que o lançamento de ofício promovido pelo Fisco é nulo de pleno direito, conforme exposto no item III.I.

VIII)

DECLARAR A ILIQUIDEZ do auto de infração ante a não exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

IX)

DETERMINAR, acaso não acolhido o pedido supra, nova apuração dos valores devidos, excluindo-se da base de cálculo das contribuições referidas os montantes de ICMS.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme visto anteriormente, trata-se dos autos de infração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fls. 308/313) e da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/PASEP (fls. 301/306), apuração não-cumulativa, nos quais foi exigido os valores não recolhidos das referidas contribuições, nos períodos compreendidos entre 02 a 07/2009. O lançamento foi efetuado em virtude de ter a fiscalização apurado diferença entre o valor escriturado e o declarado/pago, conforme descrito no Relatório de Auditoria Fiscal, fls. 294/300.

O resultado do cotejamento entre os valores constantes da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), ou pagos/recolhidos, e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal constam do quadro “Apuração do PIS – Verificações Obrigatórias”, fls. 298 e “Apuração da COFINS – Verificações Obrigatórias”, fls. 299.

1. Preliminarmente

1.1 Da nulidade do auto de infração em razão de:

1.1.1 cerceamento de defesa, eis que ausentes elementos do fato gerador da obrigação tributária.

1.1.2 já havia crédito tributário constituído pelo contribuinte, ora recorrente, com a entrega das declarações (DIPJ, DICON).

O contribuinte suscitou questões preliminares de nulidade do auto de infração, argüindo a existência de cerceamento de defesa em razão da ausência de elementos do fato gerador da obrigação tributária, bem como em razão da “duplicidade” da exigência através do presente auto de infração, uma vez que os débitos já constavam da DIPJ e do DICON.

Quanto as questões suscitadas, em confronto com as peças produzidas pela fiscalização, constata-se que a razão não está do lado da recorrente, pois a autoridade fiscal demonstrou minuciosamente a composição da base de cálculo e o período de apuração a que se referem os valores que estão sendo exigidos, conforme demonstrativos de fls. 258/261 (PIS) e 262/265 (COFINS), bem como a informação prestada às fls. 254, a saber:

“Procedendo-se ao confronto entre os valores que foram apurados com base na escrituração contábil do Sujeito Passivo, nas contas do passivo representativas da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS (código da conta 2.1.02.002.002.000000002 — Pis a Recolher), do estabelecimento Matriz e suas filiais, durante o ano-calendário

de 2009, conforme planilhas “Demonstrativo da Apuração do PIS — Ano-calendário 2009 - Verificações Obrigatórias”, que seguem em anexo ao presente termo, e os valores declarados nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), CONSTATARAM-SE divergências [...].

Procedendo-se ao confronto entre os valores que foram apurados com base na escrituração contábil do Sujeito Passivo, nas contas do passivo representativas da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (código da conta 2.1.02.002.002.000000003 — Cofins a Recolher) [...].”

No que se refere a tese da “duplicidade de lançamento”, qual seja, de que o lançamento não pode prosperar, pois os valores já foram declarados em suas Declarações de IRPJ e DACON, portanto deveriam ser encaminhados a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, também essa tese não militou em favor da recorrente, pois somente a DCTF tem força de confissão de dívida.

Não há dúvida de que todas as contribuições aqui em litígio (PIS e COFINS) estão sujeitas à sistemática do lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN. Nesta sistemática, a lei tributária atribui ao sujeito passivo a responsabilidade de verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e efetuar o seu pagamento, tudo sem o prévio exame da autoridade administrativa.

No entanto, como forma de operacionalizar a administração tributária, o Decreto-Lei nº 2.124/84, no seu artigo 5º, autorizou a instituição de obrigação acessória com caráter de confissão de dívida e de instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário. Esta declaração é a DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, instituída pela Instrução Normativa SRF nº 126, de 30 de outubro de 1998. Assim, desde que estivessem os débitos declarados na competente DCTF, ainda que não pagos, sobre eles recairia tão somente a multa de mora, e isto por ser esta declaração um instrumento de confissão de dívida.

Por outro lado, a DIPJ – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, instituída pela Instrução Normativa SRF nº 127, de 30 de outubro de 1998, consoante consolidado entendimento da administração tributária, bem como deste Egrégio Conselho, a partir do ano-calendário de 1999 possui natureza meramente informativa, isto é, não constitui confissão de dívida, ao contrário do que sustenta a recorrente.

Não obstante a pretensão da recorrente quanto à existência de pré-requisito legal ao lançamento, as exigências previstas em lei para a sua validade são aquelas estatuídas nos artigos 142 do CTN e 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF).

O art. 142 do CTN prevê as seguintes etapas imprescindíveis à concretização do lançamento: verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade, quando cabível.

Na situação sob exame o lançamento constituiu-se mediante a lavratura de um auto de infração, logo o ato de sua formalização deveria submeter-se às prescrições do art.

10 do PAF, que consistem na competência do autuante e na observância das formalidades legais, destacando-se como essenciais: a qualificação do autuado; a descrição do fato; a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias; a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

É de se considerar que, além dos pressupostos indispensáveis à constituição do crédito tributário, através do lançamento, a legislação tributária estabelece duas hipóteses de nulidade, a saber: a incompetência do agente e o cerceamento do direito de defesa, conforme dispõe o art. 59 do PAF, *in verbis*:

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.

Assim, pela análise dos preceitos legais que disciplinam a constituição do crédito tributário e sua formalização através do lançamento de ofício, reputo que o ato administrativo examinado é válido e eficaz, formalizado de acordo com as exigências legais.

1.2 Da nulidade do auto de infração em razão de vícios na emissão do MPF.

A recorrente protesta pela nulidade do auto de infração pelo fato de que o Mandado de Procedimento Fiscal abrangeu tão-somente o IRPJ e CSLL, não existindo indicação expressa para apuração específica do PIS e da COFINS do ano-calendário de 2009.

Com relação ao argüido pela recorrente, deve-se ter presente que o MPF tem apenas a função de controle administrativo interno da instituição Receita Federal e não tem o condão de modificar a competência privativa do Auditor-Fiscal de efetuar o lançamento de ofício. Por seu turno, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória nos termos do § único do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), isto é, quando o Auditor-Fiscal identificar uma infração à legislação tributária, ele tem o dever funcional de efetuar o lançamento correspondente a esta infração ou, no caso de ser incompetente para formalizar a exigência, representar para seu chefe imediato, que, por seu turno, adotará as providências necessárias para a constituição do crédito tributário.

Não se pode perder de vista que a exigência de crédito tributário por meio de lançamento de ofício deve observar os procedimentos previstos no Decreto nº 70.235/72, em especial os requisitos formais estabelecidos nos arts. 9 e 10. Do exame do lançamento em questão, constata-se que estes requisitos foram observados pela autoridade fiscal, de sorte que não há que se falar em nulidade do lançamento por eventuais vícios na emissão do MPF.

Cumpra observar que o descumprimento de comandos normativos em relação ao MPF, pode, em tese, configurar um ilícito funcional, todavia eventuais omissões ou incorreções não acarretam a nulidade do lançamento.

Em casos análogos, esta tese também foi acolhida, ainda que por maioria, em julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

(...)

NULIDADES. VICIO NO MPF.

A eventual irregularidade na emissão do MPF não induz a nulidade do ato jurídico praticado pelo Auditor-Fiscal, pois o MPF é mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador da competência do agente público.

(Câmara Superior de Recursos Fiscais, Segunda Turma, Processo nº 13819.001389/2001-27, Acórdão nº 02-03.717, de 27/11/2008)

MPF. NULIDADE. O desrespeito à previsão de indicação no MPF do período ou tributos fiscalizados não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores, porque Portaria do Secretário da Receita Federal não pode interferir na investidura de competência do Auditor Fiscal da Receita Federal de fiscalizar e promover lançamento, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional

(Câmara Superior de Recursos Fiscais, Primeira Turma, Processo nº 10235.000197/2005-08, Acórdão nº 9101-00.414, de 03/11/2009).

No caso presente, a exigência das contribuições para o Pis e Cofins, relativas a períodos do ano de 2009, teve origem nas verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, conforme dispõe o §1º do art. 7º da Portaria RFB nº 11.371, de 2007, abaixo colacionado:

Art. 7º O MPF-F, o MPF-D e o MPF-E conterão:

§ 1º O MPF-F e o MPF-E indicarão, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, **bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, cujos fatos geradores tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.**

Desse modo, os valores exigidos no presente auto de infração encontram-se em conformidade com o MPF nº 09.1.05.00-2008-00181-5.

Pelos motivos acima expostos, rejeito as arguições de nulidade apresentadas pela recorrente.

2. DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CALCULO DO PIS E DA COFINS.

A recorrente defende a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que incluem o ICMS na base de cálculo das contribuições para o Pis e Cofins, inclusive no conceito de receita vigente nas leis 10.637/2002 para PIS e 10.833/2003 para Cofins.

Nesse aspecto, é de se registrar que somente a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é que autoriza o julgador administrativo a afastar a aplicação da Lei ao caso concreto, conforme disposto no parágrafo único, do art. 4º, do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, *in verbis*:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. 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.

Portanto, no que diz respeito a este órgão administrativo, resta declarar que não pode conhecer das alegações de inconstitucionalidade postas pela recorrente em face de que lhe falta competência para apreciar questões desta ordem.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 assim dispõe:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, **fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação** ou deixar de observar tratado, acordo internacional, **lei** ou decreto, **sob fundamento de inconstitucionalidade.**(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)(grifou-se)*

(...)

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula Nº 2:

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No mérito, a questão se restringe na possibilidade ou não da recorrente excluir da base de cálculo das contribuições não-cumulativas do Pis e da Cofins os valores referentes ao ICMS.

Para auxiliar na solução da lide, transcrevo, a seguir, o art. 1º, §1º, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003:

Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Como se observa da legislação acima transcrita, na sistemática não-cumulativa, o Pis e a Cofins incidem sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, inclusive sobre o ICMS que é um elemento componente do preço, que comporá, no somatório, o valor que servirá de base de cálculo daquelas contribuições.

3. DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Requer a recorrente a redução da multa aplicada de 75% para 20%, pois entende que o crédito tributário foi constituído no momento da apresentação da Declaração IRPJ e do DACTON.

Como visto anteriormente, nem a DIPJ nem o DACTON constituem-se em instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, pois são desprovidos do caráter de confissão de dívida, isto é, possuem natureza meramente informativa. Somente a DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais goza da prerrogativa de confissão de dívida.

Portanto, não pagos os tributos, e tampouco declarados (confessados) em DCTF, cabível é o seu lançamento de ofício pela autoridade administrativa, modalidade de lançamento a qual, por seu turno, atrai para si a aplicação da multa pecuniária de 75%, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Improcedentes, no caso, os apelos da recorrente para que lhe fosse cominada a penalidade de 20%, prevista no art. 61 da mesma Lei nº 9.430, de 1996, posto que esta pena não se aplica aos casos de lançamento de ofício, como o presente, não havendo margem a dúvidas quanto a este aspecto.

Por fim, pelas razões acima expostas, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso apresentado, mantendo-se a decisão proferida pela autoridade julgadora de primeira instância.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon