



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 13808.001133/99-54
Recurso n° 137.589 Voluntário
Matéria PIS
Acórdão n° 203-12.705
Sessão de 13 de fevereiro de 2008
Recorrente SUPERMERCADOS ONITSUKA LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/03/1997 a 30/04/1997, 01/06/1997 a 31/03/1999

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.
INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA n° 02.

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

JUROS. TAXA SELIC. SÚMULA 03.

“É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais”.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA N° 07.

“Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal”.

COMPENSAÇÃO NÃO COMPROVADA.
IMPOSSIBILIDADE DE SER OPOR AO CRÉDITO DO AUTO
DE INFRAÇÃO.

A compensação tributária requer formalização própria, sem a qual mera alegação de crédito tributário não pode ser oposta ao débito indicado no Auto de Infração.

AUTO DE INFRAÇÃO. VALOR DECLARADO EM DCTF
COM COMPENSAÇÃO. SALDO A PAGAR REDUZIDO.
CONFISSÃO DE DÍVIDA NÃO CARACTERIZADA.
NECESSIDADE DE LANÇAMENTO.

No período em que a DCTF considera confissão de dívida apenas os saldos a pagar, os valores declarados como compensados devem ser lançados, sendo as multas de ofício respectivas

cy 01

exoneradas em virtude da aplicação retroativa do art. 25 da Lei nº 11.051/2004, que alterou a redação do art. 18 da Lei nº 10.833/2003 de modo a determinar o lançamento da multa isolada apenas nas hipóteses de sonegação, fraude e conluio.

BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO A PARTIR DE FEVEREIRO DE 1999. OUTRAS RECEITAS. LEI Nº 9.718/98, § 1º DO ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. EFEITOS LIMITADOS ÀS PARTES.

Nos termos da Lei nº 9.718/98, § 1º do art. 3º, a base de cálculo da Cofins, bem como do PIS Faturamento, é a totalidade das receitas, incluindo as demais receitas além daquelas oriundas da venda de mercadorias e prestação de serviços, sendo que a inconstitucionalidade desse dispositivo, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do controle difuso, não pode ser aplicada pelos Conselhos de Contribuintes até que seja editada sobre o tema resolução do senado federal, súmula do STF, decreto do Presidente da República ou ato Secretário da Receita Federal do Brasil ou, ainda, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, estendendo para todos os efeitos da inconstitucionalidade declarada na via incidental, inicialmente.

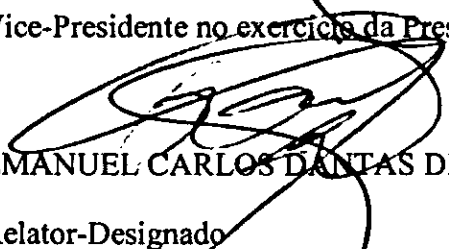
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Eric Moraes de Castro e Silva (Relator). Designado o Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis para redigir o voto vencedor.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Vice-Presidente no exercício da Presidência


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho, José Adão Vitorino de Moraes, Mauro Wasilewski (Suplente) e Alexandre Kern (Suplente)

Ausente, o Conselheiro Luciano Pontes de Maya Gomes

cy 0²

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra acórdão que manteve auto de infração (fls. 23/29) relativo à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no período de março/1997, abril/1997 e junho/1997 a março/1999, no montante de R\$ 1.374.897,41. A decisão recorrida foi lavrada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/03/1997 a 30/04/1997, 01/06/1997 a 31/03/1999

Ementa: DCTF. Auto de Infração Multa de Ofício. É incabível a exigência da multa de ofício quando os valores lançados foram declarados em DCTF.

COMPENSAÇÃO. PROVA. A alegação de que teria compensado os valores exigidos no auto de infração somente é cabível se a contribuinte apresenta prova efetiva da realização desse procedimento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Inconformada, vem a contribuinte alegar as seguintes preliminares: a) prescrição intercorrente por ter transcorrido 7 anos entre a lavratura do Auto de Infração e a ciência da decisão da 1ª instância e b) nulidade do Auto de Infração por fundamentação errada, pois o lançamento ter-se-ia sido feito em razão de suposta não entrega de DCTFs, mas tal entrega efetivamente foi realizada conforme documentação acostada nos autos e c) nulidade do lançamento por desconsiderar crédito tributário da recorrente oriundo de decisão judicial.

No mérito pugna pela inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo e da elevação da alíquota de 2% para 3% praticada pela Lei nº 9.718/98.

Por fim se insurge contra a multa aplicada que feriria os princípios constitucionais da isonomia e da vedação ao tributo com caráter confiscatório, bem como contra a aplicação de juros moratórios à Taxa Selic, para ao final pedir a reforma da decisão recorrida.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA, Relator

O recurso preenche seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Preliminar: Prescrição intercorrente.

Não há que se falar da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, vez que enquanto ainda discutida a pretensão do fisco através de impugnações ou recursos administrativos, o crédito tributário permanece com a sua exigibilidade suspensa.

A questão já se encontra totalmente pacificada no âmbito deste Segundo Conselho, tendo, inclusive, sido sumulada na sessão plenária de 18/09/2007 com a seguinte redação: “*Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal*”.

Pelo exposto rejeito a presente preliminar.

Preliminar: Nulidade por fundamentação equivocada.

Nesta questão vale a transcrição das razões do contribuinte para se delimitar a resistência aqui analisada, *verbis*:

“Os lançamentos supra mencionados foram realizados somente pela alegação de que tais valores não constavam das DCTF’s entregues, referentes aos mesmos períodos, por erro de preenchimento, já que se as DCTF’s estivessem preenchidas corretamente, com os valores dos tributos devidos, independentemente de terem sido recolhidos ou não, a cobrança caberia a arrecadação da Receita Federal, não sendo devido o lançamento de ofício.

Assim se pronunciou a auditora fiscal na descrição ‘I – Dos Fatos’:

‘Ao procedermos o exame de verificação preliminar, constatamos que embora as Declarações de Tributos Federais – DCTF tenham sido entregues, a contribuição ao COFINS, no período abaixo discriminado, não foram declarados e encontram-se pendentes de pagamento, conforme a seguir:

Porém, conforme comprovado com os documentos já anexados ao presente processo, é nulo o auto de infração em epígrafe, uma vez que os valores lançados já haviam sido, antes do início do procedimento administrativo, informados à Receita Federal”.

Com tais afirmações e após acostar acórdãos deste Conselho, sintetiza o contribuinte com as seguintes declarações:

“Dessa forma, nulo o auto de infração em epígrafe, já que corretas as informações prestadas pela recorrente à Receita Federal, através da

cy

regular entrega das Declarações de Contribuições Federais – DCTF-retificadora, antes do início de qualquer procedimento, que exclui a hipótese de lançamento de ofício.”(fls. 259)

Esta questão foi enfrentada pela decisão recorrida, que de fato reconhece que houve a apresentação de DCTF-Retificadora e que a mesma não havia sido encontrada. Vejamos o que disse a decisão recorrida:

10. A contribuinte apresentou cópias de recibos de entrega das DCTFs retificadoras para os anos-calendário de 1997 e 1998 (fls. 93/100). Como foi constatado por este julgador que essas DCTFs retificadoras não estavam processadas nos sistemas da Receita Federal, este processo foi encaminhado em diligência, tendo a Derat São Paulo informado que não encontrou em seus arquivos os documentos relativos aos recibos apresentados e que a Delegacia DRF/0810100 já estaria extinta na data em que as DCTFs retificadoras teriam sido entregues.

11. Entretanto, a Derat São Paulo não se manifestou sobre nenhuma outra atitude que poderia ter sido tomada contra a contribuinte, se de fato ela houvesse considerado que os documentos por esta anexados aos autos revelassem algum tipo de fraude. Logo, como alega a impugnante, não tendo sido apresentada nenhuma prova de que os documentos relativos às DCTFs retificadoras não são verídicos, não há como deixar de acatá-los como tal.

Contudo, apesar deste vício, a decisão recorrida não encontrou qualquer óbice a constituição do crédito tributário, pelas seguintes razões:

12. Não obstante, isso não implica, como supõe a impugnante, que o auto de infração seja nulo. Não resta dúvida de que para os débitos declarados em DCTF, segundo o entendimento contido na Nota Conjunta Cosit/Cofis/Cosar nº 535, de 23 de dezembro de 1997, não é necessária a formalização da exigência por meio de auto de infração, sendo suficiente tão-somente a própria DCTF, que, além de se constituir em confissão de dívida, é instrumento hábil para se prosseguir na cobrança do débito, juntamente com os juros de mora e a multa de mora devidos. Apesar de não ser necessária sua lavratura, o auto de infração não deixa de ser válido, sendo instrumento hábil para formalizar o crédito tributário.

13. O que decorre da declaração dos valores devidos, nesse caso, é o não cabimento da multa de ofício, pois, não sendo necessária a lavratura do auto de infração, a constituição do crédito tributário por esse instrumento não pode implicar em prejuízo ao contribuinte, que poderia ter seu débito exigido apenas com multa de mora, caso lhe fosse cobrado a partir da DCTF entregue. A jurisprudência administrativa trilha esse mesmo entendimento, como demonstra a ementa do acórdão nº 202-10777 da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, abaixo transcrito:

COFINS – DCTF – Comprovada, mediante diligência junto à repartição preparadora, a apresentação espontânea da DCTF, com confissão do débito objeto da exigência. MULTA DE OFÍCIO -

incabível, em face da preexistência da mencionada confissão, ex-vi da norma do art. 363, com a ressalva inserida no art. 364, tudo do RIPI/82. Recurso provido, em parte, para excluir a exigência da multa de ofício.

14. Por essa razão, deve ser excluída a exigência de multa de ofício com relação ao ano-calendário de 1997 e aos 3º e 4º trimestres de 1998. No que diz respeito aos 1º e 2º trimestres de 1998, não é possível essa exclusão, uma vez que os valores declarados pela contribuinte são inferiores aos valores devidos, não sendo possível nem mesmo a exclusão parcial da multa exigida, tendo em vista que ela somente trouxe aos autos os recibos de entrega que totalizam trimestralmente os valores declarados.

Ouso discordar deste entendimento. Como já me expressei em julgamentos anteriores, a indicação correta e inequívoca da fundamentação do Auto de Infração constitui requisito inafastável para sua inquestionável higidez.

Ressalte-se que, diferentemente do que posto na decisão recorrida, não se está aqui discutindo se a DCTF por si só é ou não suficiente para a constituição de débito ou se sua existência exclui a possibilidade de lavratura de auto de infração.

A questão aqui é diversa: há um auto de infração cuja fundamentação é a inexistência de declaração dos débitos em DCTF e, posteriormente, foi comprovado que tais declarações de fato existiam através duma DCTF-Retificadora que não havia sido encontrada pelo Fisco.

Conseqüentemente, após a comprovação do contribuinte da existência da DCTF-retificadora, passou a existir um novo fundamento para o Auto de Infração, isto é, o lançamento foi alterado sem haver uma das hipóteses taxativas do art. 149 do CTN, o que no meu sentir macula sua existência, pois na realidade se está tratando dum novo crédito tributário sem as devidas formalidades exigidas pela lei.

Note que as hipóteses de revisão previstas no art. 149 tratam, no mais das vezes, de informações equivocadas prestadas pelo contribuinte. No presente caso, as informações equivocadas advieram do próprio Fisco, que reconhecidamente não se deu conta das DCTFs-retificadoras.

Pelo exposto, voto pelo acolhimento da presente preliminar e voto pela nulidade do presente Auto de Infração em razão da sua fundamentação deficiente.

Preliminar: Compensação de créditos.

Neste ponto vem o contribuinte alegar que o auto de infração não levou em consideração os créditos que o contribuinte teria por força de decisão judicial transitada em julgado.

Ocorre que o contribuinte não comprava como efetivamente formalizou este direito assegurado pelo Judiciário, formalidade essencial para validar este direito. Na realidade, o que ocorre na espécie é a mera oposição de direito abstrato à compensação ao ato vinculado da Administração em lançar o tributo, tese de defesa pacificamente rechaçada por este Tribunal Administrativo.

Pelo exposto, voto por rejeitar a presente preliminar.

Mérito: Alargamento da Base de Cálculo da COFINS.

No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 que instituiu a receita bruta como base de cálculo para o PIS e a COFINS.

Hoje, decisões plenárias do STF, mesmo que em sede de controle difuso, são passíveis de serem aplicadas nesta instância administrativa, nos termos do atual Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

Isto porque, visando prestigiar os nobres princípios da celeridade e segurança jurídica, além de buscar diminuir a litigiosidade das pretensões envolvendo a Fazenda Nacional, o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, através da Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, introduziu a possibilidade deste Tribunal Administrativo aplicar às lides que lhe são submetidas decisão do Supremo Tribunal proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que seja oriunda do Pleno da Suprema Corte.

Tal inovação veio prescrita no art. 49, parágrafo único, inc. I do novo Regimento, *verbis*:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

(...)(original sem destaque)

Ressalte-se que o dispositivo acima não está deferindo ao Conselho de Contribuintes a competência de afastar a aplicação de norma cogente sob o pejo de inconstitucionalidade, o que não seria possível por força a separação dos Poderes Constituídos, nos termos, inclusive, da jurisprudência sumulada deste Conselho.

Na hipótese, o afastamento da norma tida como inconstitucional foi realizada por quem tem competência institucional para tanto, no caso o Supremo Tribunal Federal. O novo Regimento apenas autoriza a aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade havida pelo Pleno do STF aos casos submetidos ao Conselho de Contribuintes.

E que não se alegue que a decisão plenária do Supremo Tribunal mencionada no art. 49, parágrafo único, inc. I, do Regimento se refere apenas a decisão oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos são notoriamente *erga omnes* e vinculantes.

Tal interpretação era possível apenas sob a égide do antigo Regimento do Conselho de Contribuintes, que no seu revogado art. 22-A – o qual este relator sempre se

Cuf 7

curvou – mencionava expressamente o controle concentrado ou, em caso de controle difuso, apenas após a edição de Resolução pelo Senado Federal, como sendo as hipóteses em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF atingiam este Tribunal Administrativo.

Para demonstrar a evolução introduzida pelo novo Regimento e lastrear a necessária interpretação histórica que exige o caso, pede-se vênica para transcrever de forma comparativa o antigo e o novo Regimento, *verbis*:

REGIMENTO INTERNO REVOGADO

Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

(...)

REGIMENTO INTERNO ATUAL:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

(...)

Assim, na ótica deste julgador não há outra interpretação possível com a nova redação, isto é, hoje *deve* o Conselho de Contribuintes nos seus julgados aplicar os efeitos de declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Pleno do Supremo, independentemente de tal decisão ser oriunda do controle concentrado ou difuso.

Ressalto que é um *dever* do Conselho dos Contribuintes porque interpretação divergente significa - *contraditoriamente* - afastar por inconstitucionalidade o novo Regimento, o que não permite o *caput* do multicitado art. 49 e, repita-se, a própria jurisprudência sumulada deste Tribunal.

Por fim, registre-se que o entendimento aqui desenvolvido é absolutamente harmônico com os dispositivos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em virtude de decisões judiciais.

Isto porque, o referido Decreto, no parágrafo único do seu art. 4º, determina que o julgador administrativo afaste lei, tratado ou ato normativo federal declarado inconstitucional pelo Supremo, nos seguintes termos:

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 (original sem destaque).

Vê-se, assim, que não há antinomia entre o Decreto nº 2346-97 e o novo Regimento. Pelo contrário, eles se harmonizam, já que a norma acima mencionada não exige o controle concentrado, assim como não o faz o novo art. 49 do Regimento.

Ressalte-se, ainda, que o presente entendimento está de acordo com o prestigiado na sessão de outubro de 2007 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, que pela primeira vez tratou da aplicação do novo Regimento Interno justamente em julgamento referente ao alargamento da base de cálculo da COFINS.

Por todo o exposto julgo parcialmente procedente o presente Recurso Voluntário para que seja expurgado do Auto de Infração originário os valores não oriundos da venda de mercadorias e serviços do Recorrente, isto é, que apenas o faturamento da contribuinte componha a base de cálculo do PIS e da COFINS.

É como voto.

Sala de Sessões, 13 de fevereiro de 2008.


ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA

Voto Vencedor

CONSELHEIRO EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS, RELATOR-DESIGNADO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO EM VIRTUDE DA DCTF RETIFICADORA E NÃO APLICAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.718/98.

Reporto-me ao relatório e voto do ilustre relator, para pedir vênia e dele discordar por interpretar que na situação dos autos o lançamento deve ser mantido, com exclusão apenas da multa de ofício tal como decidiu a instância recorrida.

Na companhia da maioria dos meus nesta Terceira Câmara, interpreto, primeiro, que a entrega de DCTF retificadores antes do início do procedimento fiscal não acarreta a nulidade do Auto de Infração, por continuar possível (e necessário, na situação dos autos) o lançamento de ofício, e segundo, que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo STF em sede recurso extraordinário, ainda não pode ser aplicada por este Tribunal Administrativo.

Diferentemente do defendido com percuciência no voto vencido, entendo que o pressuposto fático do lançamento não é apenas a ausência pura e simples de valores em DCTF, mas a pendência de pagamentos, relacionada aos créditos alegados com base na ação judicial, bem como a declaração a menor nos 1º e 2º trimestres de 1998. Embora admitindo que a descrição constante do Auto de Infração podia ser aperfeiçoada, ressalto que não houve qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, que desde o primeiro momento demonstrou compreender por inteiro a autuação. Tanto assim que na impugnação o contribuinte já informa que os créditos compensados têm origem em pagamentos indevidos do Finsocial, e que o seu direito foi reconhecido judicialmente nos autos da Ação Declaratória de Direito de Compensação de Créditos – Rito Ordinário (Processo nº 95.0029253-0).

Crucial, para a manutenção do lançamento, que os valores dos débitos informados em DCTF, quando compensados e com saldos reduzidos, não restavam confessados. À vista do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.124/84 e da legislação infralegal que lhe tem como supedâneo, à época somente os saldos a pagar informados em DCTF se constituíam em confissão de dívida, sendo passíveis de cobrança administrativa ou de inscrição na Dívida Ativa da União, esta seguida da execução fiscal, se o débito não for pago em tempo hábil. Seja na cobrança administrativa, seja na judicial, o valor confessado deve ser acompanhado da multa de mora respectiva, na forma da legislação de regência.

Os demais valores consignados em DCTF, afora os de saldos a pagar, não se constituíam em confissão de dívida.

Observe-se a redação do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.124/84:

Art 5º O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.



uy @ 10

§ 1º O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

§ 2º Não pago no prazo estabelecido pela legislação o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de vinte por cento e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva, observado o disposto no § 2º do artigo 7º do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

(negrito ausente do original).

Pelo citado artigo não se conclui que qualquer comunicação acerca da existência de crédito tributário permite a cobrança direta do valor informado, sem o regular lançamento. Há de se analisar cada obrigação acessória, nos termos em que instituída e em cada período de apuração, para se saber se os valores do crédito tributário nela declarados estão sendo confessados ou não. Se confessados, é permitida a cobrança sem o lançamento; do contrário, carece do ato privativo da autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN.

Neste sentido é que Leandro Paulsen informa o seguinte:

Confissão de dívida. DCTF. GFIP. Efeito de Lançamento. Em sendo confessada a dívida pelo próprio contribuinte, seja mediante o cumprimento da obrigação tributária acessória de apresentação da declaração de débitos e créditos tributários federais, da guia de informações à Previdência ou outro documento em que conste a confissão, torna-se desnecessária a atividade do fisco de verificar a ocorrência do fato gerador, apontar a matéria tributável, calcular o tributo e indicar o sujeito passivo, notificando-o de sua obrigação, pois tal já foi feito por ele próprio que, portanto, tem conhecimento inequívoco do que lhe cabia recolher.

(PAULSEN, Leandro. Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 705/706, sublinhado ausente no original).

A dispensa do lançamento tributário, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, encontra amparo no instituto da confissão, tratada nos 348, 353, 354 e 585, II, do Código de Processo Civil. Segundo esses dispositivos há confissão quando uma parte (sujeito passivo da obrigação tributária principal) admite a verdade de um fato (ser devedora do tributo confessado), contrário ao seu interesse e favorável à outra parte (Fisco), o que pode ser feito de forma judicial ou extrajudicial. A confissão extrajudicial feita por escrito à parte contrária, como se dá mediante a DCTF, ou se deu por meio da DIPJ até o ano-calendário 1998, tem o mesmo efeito da judicial. Assim, em sede tributária a confissão de dívida serve como título executivo extrajudicial que admite provas contrárias, especialmente a de não ocorrência do fato gerador ou a de extinção do crédito tributário confessado.

Por oportuno, observo que o § 3º do art. 8º da Instrução Normativa nº 255, de 11/12/2002, ao estabelecer que “Os débitos apurados em procedimentos de auditoria interna, inclusive aqueles relativos às diferenças apuradas decorrentes de informações prestadas na



uy @ 11

DCTF sobre pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade indevidas ou não comprovadas serão enviadas para inscrição em Dívida Ativa da União, com os acréscimos moratórios devidos”, não permaneceu eficaz porque ancorado na MP nº 75, de 24/10/2002, rejeitada pela Câmara dos Deputados em 18/12/2002.

Somente com a IN SRF nº 482, de 21/12/2004, é que se passou a considerar confissão de dívida não somente os saldos a pagar, mas também “os valores das diferenças apuradas em procedimentos de autoria interna, relativos a informações indevidas ou não comprovadas prestadas na DCTF, sobre pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade” (art. 9º, § 1º, da referida IN), ou seja, o valor total do débito informado. Antes a IN SRF nº 14, de 14/02/2000, determinara que na hipótese de indeferimento de pedido de compensação, efetuado segundo o disposto nos arts. 12 e 15 da Instrução Normativa SRF nºs 21, de 10 de março de 1997, alterada pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15 de setembro de 1997, os débitos decorrentes da compensação indevida na DCTF serão comunicados à Procuradoria da Fazenda Nacional para fins de inscrição como Dívida Ativa da União, trinta dias após a ciência da decisão definitiva na esfera administrativa que manteve o indeferimento.

Antes da IN SRF nº 482/2004, além das IN SRF nº 14/2000, também o art. 17 da MP nº 135, de 30/10/2003 (publicada em 31/10/2003), estabeleceu que “A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensado” (redação do 6º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, introduzido pela mencionada MP).

Como nenhum dos atos legais que tratam de confissão de dívida se aplica à situação em tela, é correto afirmar que os valores lançados não estavam confessados. Daí a necessidade do lançamento.

Conforme a interpretação acima, e a despeito das posições contrárias - no sentido de que não apenas os saldos a pagar, mas sim todos os valores informados em DCTF poderiam ser cobrados administrativamente ou inscritos na Dívida Ativa da União independentemente do lançamento -, entendo diferente. Para mim carece seja analisada cada obrigação acessória, nos diversos períodos de apuração, para se saber quando e por qual meio quais valores se constituem em dívida confessada, a permitir a cobrança sem o regular lançamento.

Nos períodos de apuração em tela, como somente os saldos a pagar se constituíam em confissão de dívida, caso ao final não se verifique a legitimidade ou a liquidez do crédito do sujeito passivo ou, ainda, na hipótese de decisão judicial contrária à pretensão deduzida pela recorrente no Judiciário, o crédito tributário somente pode ser exigido se mantido o lançamento. Esta a divergência crucial em relação ao voto vencido da ilustre relatora, segundo o qual a cobrança poderia acontecer, com base nas DCTF. Como para mim só pode haver cobrança dos saldos a pagar, os valores informados nas DCTF como débitos, mas que restaram não confessados porque reduzidos conforme a compensação declarada, somente podem ser exigidos se mantido o presente lançamento.

Quanto à multa de ofício, já cancelada pela DRJ, é realmente incabível. A afastá-la, no caso de débitos compensados indevidamente, o art. 18 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003 (conversão da MP nº 135, de 30/10/2003, publicada em 31/10/2003), com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051, de 29/12/2004, publicada em 30/12/2004. Segundo essa norma, na hipótese de diferenças apuradas em declaração prestada pelo sujeito passivo,



decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, só se aplica a multa isolada de 150%, própria das hipóteses de sonegação, fraude e conluio previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Doravante cuida da base de cálculo da Contribuição nos períodos de apuração a partir de fevereiro de 1999, mantendo a tributação sobre as demais receitas, além da oriunda de venda de mercadorias e da prestação de serviços, por considerar inaplicável, nesta oportunidade, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, decretada pelo STF nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 358.273 e 390.840 (relator, para estes três publicados no DJ de 15/08/2006, p. 25, o Min. Marco Aurélio) e 346.084 (relator para este último, publicado em 01/09/2006, o Min. Ilmar Galvão).

Como a inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei foi declarada na via incidental, cujos efeitos não são *erga omnes*, até que sobrevenha ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional cancelando tais lançamentos, conforme autorizado pelo *caput* do art. 4º do Decreto nº 2.346/97, descabe a este órgão julgado administrativo considerar tal inconstitucionalidade. Outra alternativa, a evitar prejuízos para os cofres financeiros públicos e demora para os contribuintes, é a edição de súmula vinculante por parte do STF, nos termos da recente Lei nº 11.417, de 19/12/2006.

Somente o Judiciário é competente para julgar inconstitucionalidades, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º deste último.

No âmbito do Poder Executivo o controle de constitucionalidade é exercido *a priori* pelo Presidente da República, por meio da sanção ou do veto, conforme o art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

A posteriori o Executivo federal, na pessoa do Presidente da República, possui competência para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tudo conforme a Constituição Federal, arts. 103, I e seu § 4º, e 102, § 1º, este último parágrafo regulado pela Lei nº 9.882/99. Também atuando no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidades, o Advogado-Geral da União será chamado a pronunciar-se quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (CF, art. 103, § 3º).

No mais, *a posteriori* o Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346/97, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213/91 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12/97, convertida na Lei nº 9.528/97) e 77 da Lei nº 9.430/96, estabelece que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, devem ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos.

Consoante o referido Decreto o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida pelo Judiciário em caso concreto. Também o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, ficam autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do

 13

Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que não mais sejam constituídos ou cobrados os valores respectivos. Após tal determinação, caso o crédito tributário cuja constituição ou cobrança não mais é cabível esteja sendo impugnado ou com recurso ainda não definitivamente julgado, 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 (parágrafo único do art. 4º referido Decreto, cuja interpretação não pode ser dissociada nem do *caput* desse artigo, nem do art. 1º, incluindo respectivos parágrafos, do Decreto em comento).

O Decreto nº 2.346/97 ainda determina que, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Na forma do citado Decreto, aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, **quando definitivos e inequívocos**. Não lhes compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie, de forma definitiva e em decisão com efeitos *erga omnes*. Neste sentido já informa, inclusive, o 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007, publicado em 28/06/2007. No Regimento anterior, disposição no mesmo sentido constava do seu 22-A (Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002).

Apesar de o novo Regimento Interno, no seu art. 49, parágrafo único, inc. I, introduzir redação que não mais se refere, expressamente, à **ação direta** de inconstitucionalidade – ao contrário do Regimento antigo, cujo art. 22-A, parágrafo único, inc. I, ao mencionar a possibilidade deste órgão administrativo afastar lei declarada inconstitucional, se referia expressamente à ação direta -, não vejo relevância na alteração. É que o Regimento Interno, seja o antigo ou o atual, há de ser interpretado em conjunto com o Decreto nº 2.346/97. Neste, por sua vez, inexistente qualquer autorização para aplicação de inconstitucionalidade declarada na via incidental (cujos efeitos são *inter partes*, cabe ressaltar), antes de Resolução do Senado Federal ou de pronunciamento do Presidente da República, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

A norma a ser extraída do texto do inc. I do parágrafo único do art. 49 do Regimento novo, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, é rigorosamente idêntica à norma retirada do inc. I do parágrafo único do art. 22-A do Regimento anterior, na redação dada pela Portaria MF nº 103/2002. A expressão “ação direta” não precisava constar da redação anterior, tanto quanto sua omissão na redação atual é irrelevante. É assim porque, tanto antes como agora, não há outorga de competência a este órgão julgador administrativo para aplicar inconstitucionalidade declarada na via incidental, exceto após um dos pronunciamentos acima mencionados.

Aos que dão relevância ao novo Regimento, ao ponto de verem nele autorização para aplicar, de forma ampla, inconstitucionalidade incidental, sublinho que portaria ministerial nunca poderia ir a tanto. Se atualmente, após a Portaria MF nº 147/2007, os Conselhos de Contribuintes têm poder para aplicar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº



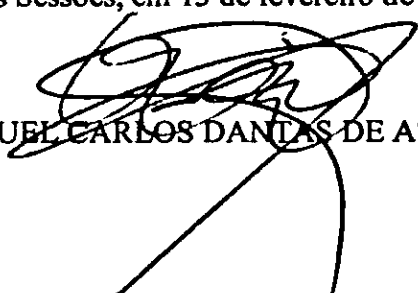
cy 14

9.718/98, é porque já tinham antes. Tal poder há de ser visto noutro ato legal, nunca no referido ato infralegal.

Destarte, e considerando que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não pode ser afastado, ainda, por este Tribunal administrativo, cabe manter a incidência da Cofins sobre as demais receitas.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento e nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS