



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

Processo nº 15586.000778/2005-75
Recurso nº 158.249 Voluntário
Acórdão nº 3803-01.191 – 3ª Turma Especial
Sessão de 2 de fevereiro de 2011
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente TRANSPORTADORA ZANONI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/01/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

PRELIMINAR. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF).
ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Os MPFs foram emitidos em conformidade com as normas procedimentais da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Eventual inobservância das prescrições normativas referentes ao MPF não nulifica lançamento formalizado por autoridade fiscal competente, já que a emissão desse instrumento de controle interno não se configura em condição de procedibilidade. A instituição do MPF visa ao melhor controle administrativo das ações fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil e foi dirigida aos recursos humanos desse órgão, não devendo ser entendida como instrumento capaz de afastar a vinculação da autoridade administrativa à Lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

LEI Nº 9.718/1998. AUMENTO DA ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO.
INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEIS COMPLEMENTARES
E ORDINÁRIAS.

A Lei Complementar nº 70/1991 é apenas formalmente complementar, pois a matéria por ela veiculada - instituição da contribuição social sobre o faturamento - é de cunho ordinário, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 195, I, "b", já prevê o suporte de incidência da Cofins,

não se tratando, portanto, de nova fonte de custeio da seguridade social, caso em que a lei complementar seria requerida. O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela constitucionalidade da majoração da alíquota da contribuição operada por meio de lei ordinária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Assinado digitalmente

ALEXANDRE KERN - Presidente.

Assinado digitalmente

HÉLCIO LAFETÁ REIS - Relator.

EDITADO EM: 17/02/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern (Presidente), Hélcio Lafetá Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, Carlos Henrique Martins de Lima, Rangel Perrucci Fiorin e Daniel Maurício Fedato.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ – DRJ Rio de Janeiro II –, que julgou parcialmente procedente o lançamento de ofício relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), referente a fatos geradores ocorridos nos anos de 2002 e 2003 (fls. 201 a 209).

O auto de infração fora lavrado em decorrência de ação judicial – processo nº 990004127-5, Justiça Federal em Vitória (ES) – que concedera a segurança (fls. 94 a 95), decidindo-se pela proibição de exigência do tributo com base na Lei nº 9.718/1998, mas permitindo-se o recolhimento da Cofins nos termos da Lei Complementar nº 70/1991.

Posteriormente, em apelação interposta pela União junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferiu-se acórdão favorável à apelante (fls. 96 a 109), assentindo-se no alargamento da base de cálculo da contribuição operado pela Lei nº 9.718/1998, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

Em 19/12/2005, publicou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF (fls. 244 a 246), em que se deu provimento em parte ao Recurso Extraordinário nº 394.522-0, autorizando-se o aumento da alíquota da COFINS nos termos da Lei nº 9.718/1998, mas vedando-se o alargamento do conceito de faturamento.

Em sua impugnação, o contribuinte requereu, em síntese, o reconhecimento:

a) da preliminar de nulidade da ação fiscal por excesso de prazo para a sua conclusão, tendo sido ultrapassado o interregno de 60 dias sem que tivesse havido prorrogação expressa do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF);

b) da insubsistência total da ação fiscal diante da impossibilidade de majoração da alíquota da Cofins por lei ordinária (Lei nº 9.718/1998), em face da necessária observância da hierarquia das leis, dado que a matéria encontrava-se regida pela Lei Complementar nº 70/1991;

c) da insubsistência parcial da ação fiscal, para que se restringisse a autuação às receitas decorrentes dos serviços prestados (faturamento), afastando-se a tributação de todas as demais receitas, tendo em vista que “na época da promulgação da Lei nº 9.718/98, qualquer alargamento da base de cálculo da COFINS, para além do faturamento, representaria nova fonte de custeio previdenciário, o que demandaria necessariamente a edição de lei complementar, na forma do art. 195, § 4º, da Lei Fundamental” (fl. 232).

A DRJ Rio de Janeiro II/RJ, decidiu pela procedência parcial do auto de infração (fls. 247 a 253) – não obstante constar da ementa do acórdão provimento total –, afastando-se a preliminar de nulidade arguida, ressaltando-se que, em observância às Portarias SRF nº 4.328, de 05 de setembro de 2005, e SRF nº 6.087, de 21 de novembro de 2005, as prorrogações teriam sido disponibilizadas no endereço eletrônico da Receita Federal na internet (fls. 243), de livre acesso pelo contribuinte a partir da utilização do código indicado na parte final do MPF (fls. 1 e 2).

Ressaltou a autoridade julgadora *a quo* que mesmo “que a fiscalização tivesse acontecido em detrimento do que [determinavam] as portarias SRF que regulavam o MPF à época do procedimento fiscal, ainda assim o auto de infração seria válido, pois a inobservância de normas administrativas relativas ao MPF [seria] insuficiente para caracterizar o alegado vício formal do lançamento de ofício, pois este não teria ocasionado prejuízo ao sujeito passivo” (fl. 251)

No mérito, manteve-se o lançamento no que se refere à majoração da alíquota da Cofins operada por meio do art. 8º da Lei nº 9.718/1998, mas cancelou-se a parcela do auto de infração relativa à ampliação do conceito de faturamento, dada a impossibilidade de exigência da contribuição relativamente às receitas financeiras, nos termos da decisão judicial transitada em julgado, que extinguiu o crédito tributário nos termos do artigo 156, X, do Código Tributário Nacional (CTN).

Em seu Recurso Voluntário (fls. 270 a 288), o contribuinte reitera seu pedido de cancelamento do auto de infração, repisando os mesmos argumentos apresentados na peça impugnatória, quanto à matéria que restou mantida após a decisão de primeira instância administrativa.

Salienta o ora Recorrente que a decisão recorrida seria nula por negativa de prestação jurisdicional, sendo alegado que “a decisão judicial transitada em julgado [tivera] **fundamento jurídico distinto** daquele deduzido na impugnação, o qual não guardou relação com o princípio da isonomia, mas sim com o princípio da hierarquia das leis” (fl. 279).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Conforme acima relatado, trata-se de lançamento de ofício efetuado com base na Lei nº 9.718/1998, que majorou a alíquota da contribuição, bem como alargou o conceito de faturamento para fins de tributação, no sentido de alcançar a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, para além das receitas de vendas de mercadorias e serviços.

A DRJ Rio de Janeiro II/RJ, com base na parte da decisão judicial favorável ao então Impugnante, cancelou a parcela do lançamento relativa ao alargamento do conceito de faturamento, mantendo-se o restante da autuação referente à majoração da alíquota da Cofins operada pelo art. 8º da Lei nº 9.718/1998.

I. Preliminar. Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Nulidade.

Não pode prosperar a alegação do Recorrente de nulidade da ação fiscal por excesso de prazo na sua conclusão, por ultrapassar o interregno de 60 dias sem prorrogação expressa do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Como bem ressaltou o relator *a quo*, as prorrogações do MPF poderiam ter sido consultadas no endereço eletrônico da Receita Federal na internet, de livre acesso pelo contribuinte a partir da utilização do código indicado na parte final do MPF (fls. 1 e 2).

Tal constatação encontra-se em conformidade com a Portaria SRF nº 6.087/2005, vigente na ocasião, que previa em seu art. 13, § 1º, que a prorrogação do MPF se realizaria por registro eletrônico, cuja informação ficaria disponível ao interessado na rede mundial de computadores – internet.

Quanto ao fato de não constar dos autos prova de apresentação pelo Auditor-Fiscal do Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, nos termos exigidos pelo art. 13, § 2º, da Portaria SRF nº 6.087/2005, há que se registrar, desde logo, que Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) é instrumento interno e operacional de planejamento e controle das atividades de fiscalização, que foi instituído visando ao melhor controle administrativo das ações fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

Tal disciplinamento foi dirigido aos recursos humanos daquele órgão e não pode ser entendido como instrumento capaz de afastar a vinculação da autoridade administrativa à Lei, sujeita a sua atividade à responsabilidade funcional nos exatos termos do que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Por isso que, no pleno gozo de suas funções, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil detém competência exclusiva para o lançamento, não podendo se esquivar do cumprimento do seu dever funcional em função de portaria administrativa e em detrimento das determinações superiores estabelecidas no CTN.

Nesse sentido já houve o pronunciamento deste Conselho em caso semelhante (Acórdão nº 301-31806, de 18/5/2005), bem como da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão nº CSRF/01-05.558, de 4/12/2006, cuja ementa dispôs, *verbis*:

"MPF – DESCUMPRIMENTO DA PORTARIA SRF 3007/2001 – NULIDADE – O desrespeito à previsão de indicação no MPF-F de período fiscalizado e autuado não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores, porque Portaria do Secretário da Receita Federal não pode interferir na investidura de competência do AFRF de fiscalizar e promover lançamento, ademais, o descumprimento de algum item do art. 7 da Portaria SRF 3007/2001 não traz como consequência a nulidade do ato "

Portanto, conclui-se por descabida a arguição de nulidade do Auto de Infração em decorrência da falta de informação quanto à prorrogação do MPF original, precipuamente se se considerar a ausência de prejuízo ao Recorrente, ciente durante todo o tempo de que a auditoria se encontrava em andamento na repartição de origem, dado que a autuação se deu com base em informações por ele prestadas em mais de uma ocasião.

II. Lei nº 9.718/1998. Majoração de alíquota.

O Recorrente alega que a decisão recorrida seria nula por negativa de prestação jurisdicional, considerando que a decisão judicial transitada em julgado e a ele desfavorável se fundamentara no princípio da isonomia, diferentemente de sua impugnação que tivera como base o princípio da hierarquia das leis.

Afirma o Recorrente que "o artigo 8º da Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS para 3,0%, não revogou a alíquota anterior prevista no artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, porquanto esta é uma impossibilidade deontológica ditada pelas técnicas da ciência do direito" (fl. 224).

E prossegue, "sendo lei ordinária, a Lei nº 9.718/98 não tem e nunca terá o condão de revogar disposições de lei complementar, tal como a alíquota de 2,0%, anteriormente introduzida pela art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, haja vista a hierarquia existente ser razão impeditiva para que isso aconteça" (fl. 224).

Contudo, tal assertiva não guarda correspondência com o entendimento já consolidado e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (ADC-1/DF, j. 1º/12/1993, DJ 16/06/1995), dotado de efeito *erga omnes*, de que a Lei Complementar nº 70/1991 é apenas formalmente complementar, pois a matéria por ela veiculada – instituição da contribuição social sobre o faturamento – é de cunho ordinário, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 195, I, "b", já prevê o suporte da incidência da Cofins, não se tratando, portanto, de nova fonte de custeio da seguridade social, caso em que a lei complementar seria requerida.

Tal entendimento encontra-se em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Recurso Extraordinário nº 394.522 em que o Recorrente é parte, conforme se depreende do excerto reproduzido às fls. 244 a 245, apesar de não constar detalhadamente a fundamentação da decisão monocrática.

Portanto, não se sustenta a alegação de que a Lei nº 9.718/1998 seria incompetente para alterar a alíquota da Cofins. O que o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional foi o alargamento da base de cálculo da contribuição, tendo em vista que o suporte constitucional previa, anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº

20, apenas o faturamento como fonte de incidência do tributo e não a totalidade das receitas auferidas

Encontrando-se a majoração da alíquota prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/1996, declarado constitucional pelo STF, e considerando que a Fiscalização encontra-se obrigada a observar os comandos legais vigentes e válidos, sob pena de responsabilidade, conclui-se pelo escoreito procedimento adotado, não havendo o que reformar, já que este Colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (súmula CARF nº 2).

Dessa forma, afasta-se a alegação do Recorrente de que a Lei nº 9.718/1998 também seria inconstitucional na parte relativa ao aumento da alíquota da contribuição.

III. Conclusão

Diante do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, por se encontrar a parcela remanescente do auto de infração após a decisão de primeira instância administrativa em conformidade com a lei e com a jurisprudência já assentada no STF.

É como voto.

Assinado digitalmente

Hélcio Lafetá Reis - Relator