



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

Processo nº 19515.000146/2004-15
Recurso nº 264.845 Voluntário
Acórdão nº **3802-00.464 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 5 de maio de 2011
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente OPTION ZENTRUM COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTIVOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DO ICMS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. CONHECIMENTO NA FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

Em conformidade com o instituto da preclusão processual, se o sujeito passivo não contestou a matéria, no todo ou em parte, perante a autoridade julgadora de primeiro grau, não poderá mais fazê-lo na instância superior, sob pena de inovação do feito e supressão de instância.

AUTO DE INFRAÇÃO. DÉBITOS NÃO DECLARADOS EM DCTF NEM INCLUÍDOS NO PAES. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO.

É cabível o lançamento, mediante a lavratura de auto de infração, para a exigência de débitos tributários não declarados pelo sujeito passivo em DCTF nem incluído no âmbito do Parcelamento Especial (PAES).

CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. FORMAS. PAGAMENTO, PARCELAMENTO E INFORMAÇÃO NA DCTF. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTO OFÍCIO. OBRIGATORIEDADE.

No âmbito dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a confissão espontânea dos débitos ocorre mediante informação na DCTF, pagamento ou parcelamento. Nos presentes autos, não foi comprovada nenhuma das referidas formas de confissão de dívida, logo tem-se por legítimo o lançamento de ofício realizado com vista a formalização da exigência dos débitos não confessados.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

Assinado digitalmente em 23/05/2011 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO, 23/05/2011 por REGIS XAVIER HO LANDA

Autenticado digitalmente em 23/05/2011 por JOSE FERNANDES DO NASCIMENTO
Emitido em 24/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

AUTO DE INFRAÇÃO. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. CANCELAMENTO DO MAIS RECENTE. POSSIBILIDADE.

Comprovada a duplicidade de lançamento, deve ser cancelada a cobrança dos débitos lançados no auto de infração mais recente. Em decorrência, por ser o mais antigo, deve ser mantida a cobrança dos débitos exigidos no auto de infração objeto dos presentes autos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, conhecer parcialmente o recurso, para rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

EDITADO EM: 23/05/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Regis Xavier Holanda, Francisco José Barroso Rios, José Fernandes do Nascimento, Tatiana Midori Migiyama, Sólón Sehn e Bruno Maurício Macedo Curi.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário oposto com o objetivo de reformar o Acórdão nº 13-17.071, de 13 de setembro de 2007 (fls. 251/255), proferido pelos membros da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil Rio de Janeiro II/RJ (DRJ/RJOII), em que, por unanimidade de votos, consideraram procedente o lançamento, com base nos fundamentos resumidos na ementa a seguir transcrita:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002

ESPONTANEIDADE - DECLARAÇÃO PAES.

É cabível o lançamento de ofício, correspondente a créditos tributários objeto de procedimento fiscal relativo a sujeito passivo optante pelo parcelamento especial - PAES, quando tal procedimento tenha sido iniciado antes da data da entrega tempestiva da Declaração Paes, mas não concluído até essa data.

Lançamento Procedente

Por bem descrever os fatos registrados nos presentes até o julgamento de primeiro grau, transcrevo a seguir os excertos do Relatório encartado no Acórdão recorrido relacionados com a presente autuação¹:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado, relativo à diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, abrangendo os períodos de apuração de janeiro a março de 2002 (fls. 75 a 79), no valor de R\$ 183.275,48, incluindo principal, multa de ofício de 75%, e juros de mora, calculados até 30/12/2003.

(...)

Na Descrição dos Fatos do Auto de Infração e no Termo de Verificação e Constatação Fiscal (fls. 75 e 198) a autoridade lançadora registra que em procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados.

O enquadramento legal da presente autuação foi:

COFINS: artigo 77, III do Decreto-lei 5.844/43; artigo 149 da Lei 5.172/66; artigo 1º da Lei Complementar 70/91; artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória 1.807/99 e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória 1.858/99 e suas reedições.

(...)

A base legal da multa de ofício e dos juros de mora exigidos consta às fls. 77 e 200.

Após tomar ciência das autuações em 30/01/2004 (fls. 78 e 201), a empresa autuada, inconformada, apresentou as impugnações anexadas às fls. 82 a 86 e 205 a 209 e anexos de fls. 87 a 116 e 210 a 239 em 01/03/2004, com as alegações abaixo resumidas, relativas à COFINS e ao PIS:

Em 31/07/2003, a impugnante ingressou no PAES e incluiu os supostos débitos de COFINS e PIS no montante consolidado do parcelamento;

A análise da planilha de controle de pagamento da impugnante (doc. 3) demonstra que os valores cobrados nos autos de infração estão incluídos no parcelamento, servindo de base para o cálculo do valor das parcelas, as quais estão sendo regularmente pagas, conforme DARF em anexo;

O Conselho de Contribuintes tem se manifestado sobre a impossibilidade de se exigir do contribuinte valores que estão sendo regularmente pagos;

¹ As referências ao lançamento da Contribuição para o PIS/Pasep foram excluídas, uma vez que o respectivo Auto de Infração faz parte do processo nº 19515.000147/2004-60.

Requer seja julgado improcedente o auto de infração, cancelando-se a cobrança do crédito tributário.

O processo foi encaminhado a esta DRJ/RJO2 tendo em vista o disposto na Portaria RFB nº 10.706/2007, publicada no DOU em 26/07/2007.

Sobreveio o Acórdão recorrido, sendo dele cientificada a Autuada, por via postal (fl. 265), em 10/09/2008. Inconformada, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 282/296, protocolado em 10/10/2008 (fl. 282), alegando, em síntese, o seguinte:

- 1) em preliminar, nulidade do Auto de Infração, por duplicidade de cobrança, com base no argumento de que os débitos da Cofins cobrados nos presentes autos teriam sido objeto de lançamento no auto de infração (fls. 314/321) encartado no processo nº 19515.000422/2008-79, lavrado em 31/01/2008;
- 2) em relação ao mérito:
 - a) não tinha qualquer procedência os dois argumentos apresentados no Acórdão recorrido;
 - b) o primeiro, relativo a perda da espontaneidade, não tinha previsão na legislação do Programa Especial de Parcelamento (PAES), ademais, a hipótese prevista no art. 138 do CTN referir-se-ia a exclusão de penalidade;
 - c) o segundo, referente a não inclusão dos débitos no PAES, tratava-se de erro do sistema de gerenciamento do extrato de parcelamento, haja vista que, após adesão, obteve da própria Receita Federal relatório emitido pelo SICALC (fl. 334), onde constava que os citados débitos teriam sido incluídos no referido Parcelamento;
 - d) todos citados débitos foram incluídos no PAES, em 31/07/2003, data em que formalizou Pedido de Parcelamento de fl. 109;
 - e) o art. 1º, inciso IV, da Portaria Conjunta nº 3, de 2003, previa a inclusão dos débitos objeto de ação fiscal não concluídos até 31/10/2003, situação equivalente ao caso em tela;
 - f) todos os débitos vencidos até 28/02/2003 foram incluídos no PAES e que o referido parcelamento vem sendo regularmente adimplido, conforme extrato de fls. 342/343;
 - g) a inclusão dos valores do ICMS na base de cálculo da Cofins era manifestamente inconstitucional, pois afrontava o art. 195, I, da CF/88, e implicava grave violação ao princípio da capacidade contributiva.

No final, requereu o recebimento e processamento do presente Recurso, para que fosse: (i) reconhecida nulidade do presente Auto de Infração por duplicidade de autuação; (ii) reformado o Acórdão recorrido, para reconhecer a inclusão dos débitos cobrados no PAES; e (iii) reconhecida a exclusão do ICMS da base cálculo da Cofins, em virtude de flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade, caso não declarada a nulidade do Auto de Infração nem reformado o Acórdão recorrido.

Em cumprimento ao despacho de fl. 344, os presentes autos foram enviados a este e. Conselho. Na Sessão de agosto de 2010, em cumprimento ao disposto no art. 49 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, foram distribuídos, mediante sorteio, para este Conselheiro.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator

O presente Recurso foi apresentado por parte legítima dentro prazo legal, preenche os demais requisitos de admissibilidade e trata de matéria da competência deste Colegiado, portanto, dele tomo conhecimento, exceto no que concerne à alegação de inconstitucionalidade, em razão da mesma não ter sido suscitada na peça impugnatória, conforme a seguir demonstrado.

I- DO NÃO CONHECIMENTO: QUESTÃO DE DIREITO NÃO IMPUGNADA

No presente Recurso, alegou a Autuada que a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins era manifestamente inconstitucional, pois (i) afrontava o disposto no inciso I do art. 195 da Constituição Federal de 1988 e (ii) implicava grave violação ao princípio da capacidade contributiva.

Trata-se de novo argumento de defesa não suscitado na fase impugnatória nem, por conseguinte, apreciado no julgamento de primeiro grau.

De fato, compulsando a Impugnação de fls. 82/86, observa-se que o único argumento de defesa apresentado pela Recorrente fora no sentido de que os débitos objeto da presente autuação tinha sido incluídos no Programa Especial de Parcelamento (PAES).

Por outro lado, nada foi alegado acerca da inconstitucionalidade da norma que determina a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, questão que foi suscitada somente no presente Recurso, contrariando o disposto no inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235, 06 de março de 1972 (PAF), com redação dada Lei nº 8.748, de 1993, a seguir transcrito:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...) grifos não originais.

Assim, em consonância com o citado preceito legal, tanto as alegações de fato quanto as de direito devem ser apresentadas pelo sujeito passivo na fase de impugnação. É o conteúdo da impugnação que definirá o objeto da controvérsia a ser dirimida, primeiramente, no julgamento de primeiro grau e, se houver recurso e reiteradas as alegações, pela instância de segundo grau.

Não se deve olvidar que, no âmbito do processo administrativo fiscal, o objeto da controvérsia é definido na fase impugnatória, pois, considera-se impugnada somente a matéria expressamente contestada na peça impugnatória.

Nesse sentido, dispõe o art. 17 do PAF, com redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a seguir transcrito: “Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”.

Consequentemente, a falta de impugnação implica na ausência de apreciação da matéria no julgamento de primeiro grau, pressuposto indispensável para a interposição do recurso perante a instância *ad quem*.

Logo, em conformidade com o princípio da preclusão processual, se o sujeito passivo não contestou, no todo ou em parte, a matéria perante a autoridade julgadora de primeiro grau, não poderá mais fazê-lo na instância superior, sob pena de inovação do feito e supressão de instância.

Cabe ressaltar que estão dispensadas do requisitos do prequestionamento somente as matérias de ordem pública e a apresentação da prova documental, neste último caso, nas hipóteses elencadas nas alíneas “a” a “c” do § 4º do art. 16 do PAF, anteriormente transcrito.

No presente caso, evidentemente, a questão de direito suscitada apenas na fase recursal, obviamente, não se trata de matéria de ordem pública. Ao contrário, nos termos do art. 26-A do PAF, com redação dada Lei nº 11.941, de 2008, no processo administrativo fiscal, é expressamente vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Aliás, no âmbito deste Conselho, a matéria encontra-se sumulada, nos termos da Súmula CARF nº 2, que tem o seguinte teor “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Dessa forma, em homenagem aos princípios da preclusão e do duplo grau de jurisdição, que norteiam o processo administrativo fiscal, é vedado ao julgador de segundo grau tomar conhecimento de questões de defesa sobre matéria de direito não suscitadas na impugnação nem, por conseguinte, submetidos a debate e julgamento na instância *a quo*.

Com base nesses esclarecimentos, deixo de conhecer a suposta inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, alegada pela Recorrente.

II- DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

No presente Recurso, a Autuada alegou nulidade do Auto de Infração, baseada no argumento de que houve duplicidade de cobrança dos débitos tributários objeto do presente lançamento.

Segundo a Recorrente, os débitos da Cofins exigidos nos presentes autos foram objeto de lançamento em outro auto de infração (fls. 314/321), lavrado em 31/01/2008, e que se encontra encartado no processo nº 19515.000422/2008-79. Informa ainda a Recorrente que, em 29/02/2008, impugnou esta última autuação.

Em decorrência desse fato, pleiteou a Recorrente a extinção de um dos processos administrativos.

De fato, com base na cópia do Auto de Infração de fls. 314/321, verifica-se que os débitos da Cofins do primeiro trimestre de 2002, objeto da presente autuação, foram também lançados no referido Auto de Infração.

Assim, caso seja confirmada pela Unidade da Receita Federal de origem a alegada duplicidade de cobrança, deverá prevalecer a presente autuação, por ser mais antiga, devendo ser cancelado o auto de infração encartado no processo nº 19515.000422/2008-79, por duplicidade de lançamento.

No mesmo sentido, tem trilhado o jurisprudência deste e. Conselho, conforme ementa a seguir transcrita:

COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. CANCELAMENTO. Constatado que o auto de infração tem fatos geradores e bases de cálculo idênticos aos de outro lavrado anteriormente, face à duplicidade de constituição do crédito tributário cancela-se o lançamento mais recente. Recurso de ofício negado". (Recurso Voluntário nº 235.111. Acórdão nº 203-11845. Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Relator Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, sessão realizada em 28.02.2007)

Com esses esclarecimentos, rejeito a presente preliminar.

III – DO MÉRITO

Diante do não conhecimento da matéria de mérito que trata da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base cálculo da Cofins, pelas razões anteriormente expostas, resta apenas apreciar as questões de méritos atinentes (i) a inclusão no PAES dos débitos objeto da presente autuação e (ii) a confissão espontânea dos débitos.

Da inclusão dos débitos no PAES.

No presente Recurso, alegou a Autuada que os débitos vencidos até 28/02/2003, inclusive os da Cofins do primeiro trimestre de 2002, objeto da presente exigência fiscal, foram incluídos no PAES e que o referido parcelamento vem sendo regularmente adimplido.

Os elementos probatórios colacionados não confirmam o alegado pela Recorrente.

Com efeito, analisando o extrato da Declaração do PAES de fls. 246/250, constatei que os débitos da Cofins do primeiro trimestre de 2002, exigidos nos presentes autos, não foram incluídos no citado parcelamento.

Na verdade, de acordo com o referido extrato (fls. 247/248), no que tange aos débitos da Cofins do citado trimestre, os únicos débitos incluídos no citado parcelamento foram os débitos subjuice de R\$ 15,12 e R\$ 73,68, respectivamente, dos períodos de apuração de fevereiro e março de 2002, vinculados ao processo judicial nº 1999.61.00020968-2, no qual a Autuada contestava o alargamento da base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718, de 1998.

Ratificam os dados constantes do mencionado extrato, as informações apresentadas no Demonstrativo de Débitos Consolidados no PAES (fl. 334), colacionada aos autos pela própria Recorrente.

Por fim, tenho que a Relação de Débitos emitida pelo Sistema SICALC (fls. 329/337), apresentada pela Recorrente, não se presta como meio de prova da inclusão no PAES dos débitos nela discriminados. Ademais, tal Relação não foi fornecida pela Secretaria da Receita Federal, como asseverado pela Recorrente. Trata-se de um documento elaborado pela própria Recorrente, no âmbito do Programa SICALC.

É oportuno esclarecer que o denominado de Programa SICALC, trata-se de um aplicativo de cálculo e impressão de Darf, desenvolvido pela Secretaria da Receita Federal, para auxiliar os contribuintes na atividade de cálculo dos acréscimos legais, bem como geração e impressão de Darf, referentes aos débitos tributários administrados pelo referido Órgão.

Com essas considerações, também rejeito a presente questão de mérito.

Da confissão espontânea dos débitos.

No âmbito dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a confissão espontânea dos débitos ocorre mediante pagamento, informação na DCTF ou inclusão regular em parcelamento.

No presente caso, nenhuma das três condições ocorreram, portanto, legítimo o presente lançamento de ofício, com vista a formalização da exigência dos débitos objeto da presente autuação.

IV - DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de:

- a) REJEITAR a preliminar de nulidade do Auto de Infração;

Processo nº 19515.000146/2004-15
Acórdão n.º **3802-00.464**

S3-TE02
Fl. 349

- b) NÃO CONHECER da matéria de mérito acerca da inconstitucionalidade da norma que determina a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins; e
- c) em relação as questões de mérito conhecidas, NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso, para manter na íntegra o Acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento