



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

**Processo n°** 11060.001862/2003-12  
**Recurso n°** 126.802 Voluntário  
**Matéria** COFINS  
**Acórdão n°** 203-12.496  
**Sessão de** 18 de outubro de 2007  
**Recorrente** SANTAMATE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA  
**Recorrida** DRJ em SANTA MARIA/RS

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/12/2001

**PRELIMINAR. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DO  
MANDADO DE FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.**

Não há que se falar de extrapolação dos termos do mandado de fiscalização, quando as verificações efetuadas se referem aos tributos objetos da fiscalização.

**COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE CRÉDITO DO  
CONTRIBUINTE.**

Não procede a assertiva de inexistência dos débitos objeto do auto de infração, por suposta compensação, quando comprovada nos autos e no auto de infração o julgamento dos pedidos de compensação e a utilização do seu resultado para a delimitação do crédito tributário cobrado.

**NORMAS PROCESSUAIS. DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE. ALARGAMENTO DA BASE  
DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.**

Os julgadores administrativos devem afastar dispositivo legal declarado inconstitucional em decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, como no caso da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou o conceito de receita para fins do PIS e da Cofins.

Recurso provido em parte.

MF-SEG. CON. DE CONTRIBUINTES  
BRAS. 03/10/08  
Marilda Corsino de Oliveira  
Mat. Siape 91659

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

**ACORDAM** os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes

1

termos: I) por unanimidade de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade; II) por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao recurso quanto ao alargamento da base de cálculo, excluindo-se de sua base as receitas exigidas nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998. Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Emanuel Carlos Dantas de Assis e Odassi Guerzoni Filho; e III) quanto às demais matérias, por unanimidade de votos, negou-se provimento.

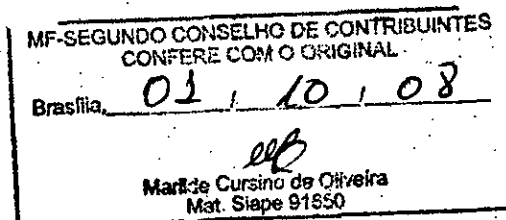
  
ANTONIO BEZERRA NETO

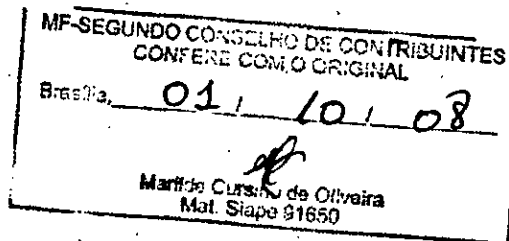
Presidente

  
ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Mauro Wasilewski (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.





## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão que julgou procedente o Auto de Infração de fls. 03/06 lavrado para a exigência da Cofins relativas aos fatos geradores ocorridos entre 31/07/2000 e 31/12/2001, acrescido de multa de 75% e juros de mora em razão do não recolhimento da referida exação.

A decisão recorrida foi vazada nos seguintes termos:

*"Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Período de apuração: 01/07/2000 a 31/12/2001*

*Ementa: PRELIMINAR. NULIDADE.*

*Para efeitos do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade são aquelas elencadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.*

*PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.*

*O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora, que impeça o sujeito passivo de conhecer dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.*

*ASSERTIVA. INCONSTITUCIONALIDADE.*

*A apreciação de argumentações que se refiram a existência de inconstitucionalidades, essas contidas em leis ou atos, está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.*

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*Período de apuração: 01/07/2000 a 31/12/2001*

*Ementa: LANÇAMENTO DE OFÍCIO.*

*Sujeitam-se a lançamento de ofício os valores apurados em decorrência de auditoria fiscal, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário nos termos do art. 142 do CTN.*

*AUTO DE INFRAÇÃO. CONSECTÁRIOS LEGAIS.*

*O montante de contribuição consignado em auto de infração deve ser exigido com aplicação da multa de ofício e demais consectários previstos na legislação de regência."*

Inconformada, vem a contribuinte inicialmente aduzir as dificuldades gerenciais pela qual passou a empresa atuada em razão de mal sucedida operação de substituição de sócios-cotistas para em sucessivo, em preliminar, aduzir a nulidade do auto de infração em virtude do mesmo ter sido fruto de Termo de Fiscalização instaurado para se apurar

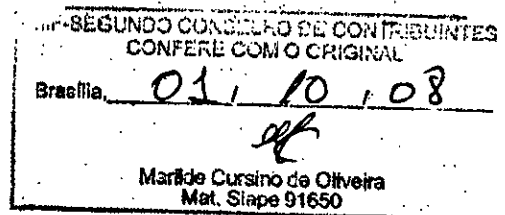
compensação de tributos, mas ter resultado em Auto de Infração de não recolhimento de tributo, inclusive com suposta quebra de sigilo bancário.

Sustenta que o Auto é nulo porque se lastreia em suposta omissão de receitas da contribuinte, mas para comprovar tal omissão recorre a operações de terceiros, no caso operações bancárias do Sr. Oseas Chiuli e da empresa Cibrasa Ind. e Com. De Tabacos S/A, que seriam terceiros absolutamente estranhos à contribuinte, não servindo os indícios de sonegação de tais terceiros para balizar a responsabilidade tributária da Recorrente.

No mérito se insurge contra a omissão de receita apontada no AI por força de depósitos não comprovados e por suprimento de caixa, bem como da suposta redução indevida do lucro real e da glosa de despesas não comprovadas.

A contribuinte se insurge, ainda, pela aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento do IRPJ e CSLL para, finalmente, alegar a inexistência de débitos do PIS e da Cofins, pois não reconhece a constitucionalidade da Lei nº 9718/98.

É o relatório.



MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 01/10/08

*[Assinatura]*

Marija Cursino da Oliveira  
Mat. Sige 91650

## Voto

Conselheiro, ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA, Relator

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

Inicialmente importa delimitar o âmbito da presente lide, por força da competência deste Segundo Conselho de Contribuintes. Assim, de logo este relator exclui as questões afetas ao IRPJ, CSLL e seus respectivos consectários, que são de competência exclusiva do Primeiro Conselho de Contribuintes, já tendo, inclusive, sido tratadas quando do julgamento do RV n° 140.040.

Assim, é esta Câmara competente apenas para apreciar as questões de ordem formal, isto é, as nulidades suscitadas pelo contribuinte e, no mérito, o que toca à suposta compensação dos créditos objeto do Auto de Infração e à base de cálculo da Cofins, já que tais matérias são as afetas ao presente colegiado, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo.

### **Preliminar: Nulidade do Mandado de Fiscalização.**

Quanto a preliminar de nulidade, em razão da suposta dilação indevida do Mandado de Fiscalização, tenho que rejeitá-la, acatando integralmente as razões expedidas na decisão recorrida, nos seguintes termos:

*"Preliminarmente, a autuada alega nulidade do auto de infração, pois teriam sido ultrapassados os limites do termo de abertura, inicialmente instaurado para verificação da regular compensação de créditos efetuada pela contribuinte.*

*Não é o que se verifica nos autos.*

*De acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (fl. 01), foi determinada a fiscalização da contribuinte abrangendo os períodos de apuração de 01/1997 até 12/2001 e os tributos COFINS, CSLL, IRPJ, IRRF e PIS, tendo na data de recebimento daquele sido também entregue a contribuinte o Termo de Início de Ação Fiscal (fl. 18) e Termo de Intimação Fiscal e anexos (fls. 19/24).*

*Assim, entende-se que a Fiscalização efetuou seu trabalho dentro dos limites estabelecidos no Mandato de Procedimento Fiscal (que teve complementações), o que se mostra suficiente para afastar as alegações da impugnante.*

*Por outro lado, deve-se levar em consideração o disposto no art. 142 do CTN, que atribui à autoridade administrativa, de forma*

*privativa, a competência para a constituição do crédito tributário pelo lançamento, estando assim redigido:*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*Observando-se os autos de infração, verifica-se que a constituição do crédito tributário atendeu todos os requisitos previstos no art. 142 do CTN. Foi constituído pela autoridade administrativa competente por meio do lançamento que verificou a ocorrência do fato gerador, identificou o sujeito passivo, determinou a matéria tributável e calculou o montante do tributo e das penalidades devidas.*

*Ademais, as hipóteses de nulidade estão previstas nos incisos I e II do art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972, e que são as seguintes:*

- a) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente.*
- b) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*A análise das peças que compõem o processo não permite que se vislumbre a ocorrência de nenhuma dessas hipóteses, atentando-se que o auto de infração foi lavrado por servidor competente, que é o Auditor-Fiscal da Receita Federal.*

*Registre-se, também, não ter ocorrido a hipótese de cerceamento do direito de defesa.*

*De acordo com o art. 14 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei n.º 8.748, de 09/12/1993, a fase litigiosa do procedimento somente se instaura com a impugnação da contribuinte ao ato administrativo do lançamento, atendendo, assim, ao que dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. É nesse sentido que o art. 59, inciso II, daquele decreto, somente admite a caracterização de cerceamento do direito de defesa como causa de nulidade quando se tratar de decisões e despachos e não contra ato administrativo, como é o auto de infração.*

*Ainda de ver que a alegação de que os autos de infração não mencionam os períodos de apuração a que se referem, bem como divergência entre os valores apresentados nos Demonstrativos Consolidados de Crédito Tributário do Processo e os valores apurados ao longo do relatório, não procede. O Relatório de Fiscalização descreve as infrações cometidas pela impugnante, fazendo remissão às planilhas de fls. 12/13 onde estão detalhados processos de*

*ressarcimento de IPI, valores compensados e bases de cálculo, resultando que, por tudo isso, não há no presente processo nenhum fato capaz de determinar a nulidade do auto de infração."*

**Mérito: Da Compensação dos Créditos objeto do Auto de Infração.**

Aqui alega a Recorrente que os débitos objeto do Auto de Infração já haviam sido quitados através de homologação informada em DCTF (fls. 33) e, que, portanto, não havia débito a ser lançado, ou, mesmo que a compensação não houvesse sido homologada, devido seria apenas o valor do principal com juros e multa de mora contadas apenas a partir da cientificação da não homologação da compensação.

Ocorre que tais pedidos de compensação já foram efetivamente julgados e os créditos do contribuinte aproveitados quando da lavratura do Auto de Infração, conforme consta no anexo I, fl. 12 do processo, nos termos que afirmou a decisão recorrida.

Registre-se, ainda, que os pedidos de compensação do contribuinte já se encontram arquivados desde de 07/05/2004, não havendo na presente data qualquer discussão acerca de existência de crédito do recorrente para se opor aos débitos apurados no Auto de Infração.

Assim, rejeito a presente alegação de inexistência de crédito do contribuinte.

**Mérito: Da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.**

Já quanto ao alargamento da base de cálculo procedido pela lei nº 9.718/98, entendo que a hipótese se enquadra no art. 45 do atual regimento dos Conselhos de Contribuintes.

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)

2º SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 05/10/08

Marilce Curcio de Oliveira  
Mat. SIAPE 91650

7

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, p. único, 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 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 vênia 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.

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFÉRE O ORIGINAL

Presidência

01 / 10 / 08

Marilda Curcio de Oliveira  
Mat. Slape 91650

8

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 consolidada 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 o faz o novo art. 49 do Regimento.

Por fim, registre-se que o presente entendimento está de acordo com o prestigiado na última sessão da 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, deve ser aplicada a decisão do Pleno do STF no Recurso Extraordinário nº 357950-RS, que declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins promovido pelo parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do presente recurso para que os débitos do PIS e da Cofins objeto do Auto de Infração sejam calculados tendo por base de cálculo a receita bruta ou faturamento que decorra quer da venda de mercadorias, quer da

venda de serviços ou de mercadorias e serviços, nos termos das Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91.


É como voto.

Sala das sessões, em 18 de outubro de 2007.

  
ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 03/10/08

  
Marinho Curralino de Oliveira  
Mat. Sica 91650