



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 13839.000227/2005-67
Recurso nº Voluntário
Matéria PIS/PASEP E COFINS
Acórdão nº 203-012.747
Sessão de 12 de março de 2008
Recorrente ADVANCE INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Período de apuração: 01/04/2000 a 30/09/2004

**MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF.
DEFEITOS/AUSÊNCIA. LANÇAMENTO. NULIDADE.
INEXISTÊNCIA.**

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é mero instrumento administrativo e gerencial da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de modo que os possíveis defeitos em sua confecção, ou mesmo a sua ausência, não têm o condão de acarretar a nulidade do lançamento.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O não acatamento de tese defensiva pelo órgão julgador, desde que devidamente fundamentado, não representa cerceamento do direito de defesa.

ESPONTANEIDADE.

O transcurso de lapso temporal superior a 60 (sessenta) dias entre as intimações fiscais, relativas aos tributos submetidos à fiscalização, recupera a espontaneidade do sujeito passivo.

**LEI Nº 9.718/98. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.
INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA.**

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo, das contribuições ao PIS/Pasep e Cofins, promovida pela Lei nº 9.718/98, interpretação esta que deve ser estendida às esferas administrativas por força do disposto no Decreto nº 2.346/97.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso nos seguintes termos: I) por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade, por ausência de MPF. Vencidos os Conselheiros Eric Moraes de Castro e Silva, Luciano Pontes de Maya Gomes e Jean Cleuter Simões Mendonça; II) por unanimidade de votos, afastar a preliminar de cerceamento de defesa; III) por unanimidade de votos, acolher parcialmente a espontaneidade para os períodos de julho e setembro de 2004; e IV) pelo voto de qualidade dar provimento parcial ao recurso, para afastar a aplicação da Lei nº 9.718/98 naquilo que promoveu o alargamento da base de cálculo. Vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho (Relator), Emanuel Carlos Dantas de Assis, José Adão Vitorino de Moraes e Alexandre Kern (Suplente). Designado o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda para redigir o voto vencedor referente ao afastamento da Lei 9718/98. Fez sustentação oral pela Recorrente o Dr. Luciano Martins Ogawa.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES – Presidente *ad hoc*

ROBSON JOSÉ BAYERL – Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Dalton Cesar Cordeiro de Miranda - Vice Presidente no exercício da Presidência, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Luciano Pontes de Maya Gomes, José Adão Vitorino de Moraes, Jean Cleuter Simões Mendonça e Alexandre Kern (Suplente).

Relatório

Cuida-se de auto de infração de PIS/Pasep e Cofins, abril/2000 a setembro/2004, decorrente de verificações obrigatórias.

O autuante alertou que a apuração das contribuições observou o regime da cumulatividade, tendo em conta que a apuração do IRPJ/CSLL foi arbitrada.

Em impugnação o contribuinte sustentou duplicidade de constituição do crédito tributário; defendeu a impossibilidade de revisão de ofício do lançamento anteriormente efetuado (13839.002034/2004-50); aduziu que o afastamento da espontaneidade, tal como prevista no art. 7º do Decreto nº 70.235/72, alcançaria apenas os cinco anos anteriores ao termo de início de fiscalização, não se estendendo, porém, aos períodos de apuração posteriores, motivo pelo qual seriam válidas as retificações de DCTF efetivadas; e, por fim, que a Lei nº 9.718/98 seria inconstitucional.

A DRJ Campinas/SP reputou o lançamento procedente, em decisão assim ementada:

“DUPLICIDADE. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO DIFERENTE. Não ha duplicidade de exigência quando dois autos de infração são lavrados para constituir créditos tributários de um mesmo tributo para um mesmo período de apuração, se um deles é decorrente apenas de omissão de receitas e o outro é decorrente de diferenças apuradas a partir do cotejo entre a escrituração da contribuinte e os valores por ela declarados e/ou pagos.

DCTF RETIFICADORA. ESPONTANEIDADE. INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. Não há que se falar em espontaneidade quando a DCTF retificadora foi entregue após o início do procedimento fiscal.

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.”

Em recurso voluntário o contribuinte alegou nulidade do lançamento, por inexistência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF); cerceamento do direito de defesa; espontaneidade; e, inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator, p/ Conselheiro Robson José Bayerl, Redator *ad hoc*.

Preambularmente, cumpre registrar que, tendo em conta o fato de o Conselheiro relator, bem assim o Conselheiro designado para redigir o voto vencedor, não terem apresentado os respectivos votos à Secretaria da Terceira Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, designou-me o Presidente da 3ªSEJUL/CARF para providenciar a sua redação, com o escopo de formalizar o acórdão 203-12.747, julgado em 12/03/2008, motivo pelo qual os argumentos e teses expostos não necessariamente refletem o entendimento do signatário.

Neste passo, o recurso era tempestivo e preenchia os demais pressupostos de admissibilidade.

Tocante às preliminares argüidas de nulidade por ausência de Mandado de Procedimento Fiscal – MPF e cerceamento do direito de defesa verificou-se a preclusão de sua discussão em sede administrativa, haja vista que aludidas matérias não foram deduzidas em impugnação, incidindo na espécie as disposições do art. 16, III c/c art. 17, ambos do Decreto nº 70.235/72.

Demais disso, ainda que possível ultrapassar tal obstáculo, melhor sorte não albergaria a pretensão do recorrente, eis que não se verificou o propalado cerceamento do

direito de defesa, ao passo que todas as faculdades garantidas pelo processo administrativo fiscal foram-lhe franqueadas, principalmente o direito ao contraditório.

O não acatamento da tese defensiva pelo órgão julgador, desde que devidamente fundamentada, não representa vilipêndio ao direito à ampla defesa.

Relativamente ao suposto vício do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, aludiu-se à remansosa jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes no sentido que os defeitos e/ou ausência deste documento, enquanto mero instrumento de controle administrativo e gerencial da RFB, não tem o condão de viciar o lançamento, cujos requisitos mínimos de validade vêm arrolados no art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

A atribuição de lançamento às autoridades fiscais defluiria diretamente dos textos legais (art. 142 do Código Tributário Nacional e Lei nº 10.593/2002), de maneira tal que não poderia ser restringida por atos normativos de inferior hierarquia.

Para referendar o posicionamento, colacionou-se, de forma exemplificativa, acórdãos desta casa julgadora:

“NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793 (sic), de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta.” (Ac. 102-46676, sessão de 16/03/2005).

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal instituído pela Port. SRF nº 1.265, de 22/11/99, é um instrumento de planejamento e controle das atividades de fiscalização, dispondo sobre a alocação da mão-de-obra fiscal, segundo prioridades estabelecidas pelo órgão central. Não constitui ato essencial à validade do

procedimento fiscal de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei (art. 7º da Lei nº 2.354/54 c/c o Dec.lei nº 2.225, de 10/01/85) para fiscalizar e lavrar os competentes termos. A inobservância da mencionada portaria pode acarretar sanções disciplinares, mas não a nulidade dos atos por ele praticados em cumprimento ao disposto nos arts 950, 951 e 960 do RIR/94. 142 do Código Tributário Nacional. O MPF, todavia, é essencial à validade do lançamento quando efetuado com fundamento na Lei Complementar nº 105/2001- Lei 9.311/96, art. 11, § 3º, nova redação dada pelo art. 1º da Lei 10.174, de 09.01.2001, e Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, por se tratar de normas formais ou procedimentais que ampliam o poder de fiscalização com aplicação imediata, alçando fatos pretéritos, consoante o disposto no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não dá causa a nulidade da exigência o enquadramento em outro dispositivo legal se os fatos estiverem corretamente descritos a permitir a compreensão da acusação que é imposta à fiscalizada, proporcionando-lhe o desenvolvimento de sua defesa.

CONFISSÃO DE DÍVIDAS – DIPJ E DCTF - Nos anos de 1999 e 2000 os valores constantes das Declaração Integrada de Informações da Pessoa Jurídica – DIPJ - não mais configuravam confissão de dívida em relação ao Imposto e às contribuições. Somente até o ano de 1998, exercício de 1999, nessa declaração constava essa informação. A partir do ano de 1999, deixou de ser declaração de dívida, passando a ter caráter meramente informativo. Com a extinção da Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica (DIRPJ) pelo artigo 6º da IN SRF nº 127, de 30/10/98 e a criação da DCTF (art. 1º da mencionada IN nº 126, de 30/10/98), a confissão de dívidas passou a ser feita apenas nas DCTFs.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - A falta de comprovação dos pagamentos devidos, solicitados no Termo de início de Fiscalização, enseja o lançamento de ofício nos termos do inciso IV do Art. 841 do RIR/99, para determinar a correta base de cálculo do tributo.” (Ac. 107-08991, sessão de 25/04/2007)

Nesta senda, também não se verificaria a aventada espontaneidade, não pelo menos com a amplitude desejada pelo recorrente, pois, como dito, a suposta ausência/defeito do MPF não invalidaria o procedimento fiscal, razão porque o termo de início de fiscalização devidamente cientificado ao contribuinte excluiria a espontaneidade e afastaria os efeitos pretendidos pela retificação da DCTF posteriormente realizada, ex vi do art. 7º, I e § 1º do Decreto nº 70.235/72.

No entanto, constatou-se que o último termo fiscal dando conhecimento do prosseguimento da ação fiscal (Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal), relativamente ao PIS/Pasep e Cofins, foi entregue ao recorrente pessoalmente em 23/09/2004

(fl. 567), sendo que o termo anterior, de mesmo título e objeto, fora entregue em 14/06/2004, por via postal (fl. 559), de modo que, entre ambas, verificou-se lapso temporal superior a 60 (sessenta) dias, incidindo a exceção do art. 7º, § 2º do Decreto nº 70.235/72 e, por consequência, recuperara o contribuinte sua espontaneidade para os períodos de apuração julho/2004 e setembro/2004, cuja DCTF foi anteriormente retificada, razão pela qual afastou-se a multa de ofício aplicada.

Respeitante à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, promovida pela Lei nº 9.718/98, nada obstante a remissão à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que a manifestação pretoriana se deu em controle difuso de constitucionalidade, em ação da qual não faz parte a recorrente, motivo pelo qual não seria possível estender-lhe os seus efeitos.

Enquanto não declarada a inconstitucionalidade de indigitada norma em controle concentrado, com efeito *erga omnes*, ou suspensa sua execução por força de resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF/88, encontrar-se-ia revestida de validade e eficácia, devendo ser obedecida pelos órgãos da Administração Pública.

O Segundo Conselho de Contribuintes, a teor da súmula nº 1, não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Com estas considerações, vota-se por dar parcial provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 12 de março de 2008.

ROBSON JOSÉ BAYERL

Voto Vencedor

Conselheiro Dalton César Cordeiro de Miranda, Redator designado, p/ Conselheiro Robson José Bayerl, Redator *ad hoc*.

Concernente ao afastamento do alargamento da base de cálculo das contribuições em comento promovido pela Lei nº 9.718/98, pediu-se vênica para divergir do eminente Relator.

Em que pese a ausência de manifestação do Supremo Tribunal Federal em controle difuso ou mesmo de resolução do Senado Federal, seria irrefragável que o posicionamento daquele tribunal acerca do tema era definitivo.

Os RREE 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, paradigmas desta exegese, foram decididos em sessão plenária, motivo pelo qual aplicar-se-ia ao caso *sub examine* as disposições do art. 1º do Decreto nº 2.346/97, consoante o qual as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto

Processo nº 13839.000227/2005-67
Acórdão n.º **203-012.747**

CC02/C03
Fls. 211

constitucional deveriam ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta.

Desta forma, considerando que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, isto é, a parte que acrescentou receitas diversas daquelas do produto da venda de mercadoria, de mercadoria e serviços e de serviço de qualquer natureza ao conceito de receita bruta do contribuinte (LC 70/91, artigo 2º), acolhe-se o pedido do contribuinte para excluir receitas estranhas ao conceito restrito de faturamento.

Sala das Sessões, em 12 de março de 2008.

ROBSON JOSÉ BAYERL