



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
RECURSO Nº. : 80.762
MATÉRIA : COFINS - ANO DE 1992
RECORRENTE : AGRO INDUSTRIAL IBITIRAMA LTDA
RECORRIDA : DRF EM RIBEIRÃO PRETO - SP
SESSÃO DE : 13 DE MAIO DE 1996
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU DE PERÍCIA CONTÁBIL - O auto de infração e demais termos do processo fiscal só são nulos nos casos previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal).

COFINS - CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - É legítimo o lançamento que exige a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, a partir de abril de 1992, com base na Lei Complementar nº 70, de 30/12/91.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AGRO INDUSTRIAL IBITIRAMA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: RAIMUNDO SOARES DE CARVALHO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, ELISABETO CARREIRO VARÃO, LUIZ CARLOS DE LIMA FRANCA e REMIS ALMEIDA ESTOL.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355
RECURSO Nº. : 80.762
RECORRENTE : AGRO INDUSTRIAL IBITIRAMA LTDA

RELATÓRIO

AGRO INDUSTRIAL IBITIRAMA LTDA., contribuinte inscrito no CGC/MF 43.706.746/0001-28, estabelecida no município de Monte Alto, Estado de São Paulo, à Rua Um s/n.º, Bairro Ibitirama, jurisdicionado à DRF em Ribeirão Preto - SP, inconformado com a decisão de primeiro grau, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 69/71.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 22/12/92, o Auto de Infração de COFINS de fls. 06/09, com ciência em 22/12/92, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de 11.759,05 UFIR (referencial de indexação de tributos e contribuições de competência da União - padrão monetário fiscal da época do lançamento do crédito tributário), a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 100% e dos juros de mora de 1% ao mês, calculados sobre o valor da contribuição nos respectivos períodos de apurações.

O lançamento foi motivado pela falta de recolhimento da contribuição relativo aos fatos geradores dos períodos de apuração de abril/92 a outubro/92.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355**

A descrição dos fatos e o enquadramento legal encontram-se devidamente expostos no Auto de Infração de fls. 06/10 do presente processo.

Em sua peça impugnatória de fls. 11/13, apresentada, tempestivamente em 14/01/93, a autuada, após historiar os fatos registrados no Auto de Infração, se indispõe contra a exigência fiscal, requerendo que a autoridade singular considere insubsistente o Auto de Infração, com base no argumento de que a Lei Complementar nº 70/91 é inconstitucional e caso assim não entenda requer a retificação dos valores apontados como base de cálculo nos meses de julho a outubro de 1992, em virtude que nas GIAS estão computados valores sujeitos a ICMS que não se referem a faturamento, mas simples remessa.

Em 23/03/93 o autor do procedimento fiscal propõe o agravamento da exigência fiscal, sob o argumento de que examinando o presente processo e em diligência na empresa verificou-se que os valores utilizados como base de cálculo da COFINS no auto de Infração de fls. 06/10 estão incorretos e que o contribuinte foi intimado a fornecer os e o fez excluindo do faturamento mensal a parcela relativa ao ICMS, razão pela qual após as devidas correções, verifica-se que o novo crédito tributário apurado é superior ao encontrado anteriormente.

Em 08/04/93 o contribuinte é cientificado no Termo Complementar de Auto de Infração de fls. 52/55.

Em 05/05/93 o contribuinte apresenta, tempestivamente, a sua peça impugnatória referente ao agravamento da exigência fiscal, na qual solicita que seja declarado insubsistente o auto de Infração bem como o termo complementar.

Cumprindo o preceito estabelecido no artigo 19 do Decreto nº 70.235/72, o autor do procedimento fiscal, após analisar as razões da impugnação, propõe a manutenção parcial do lançamento com base nos seguintes argumentos:

- que quanto aos argumentos apresentados pela defesa que versam sobre matérias de direito, ou seja, a inconstitucionalidade da COFINS, deixamos de opinar, por



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88

ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

não serem objetos de nossa alçada. Compete ao Poder Judiciário a apreciação de questões de constitucionalidade;

- que quando da lavratura do auto de infração, informamos que os valores tomados como base de cálculo da COFINS foram aqueles fornecidos pelo contribuinte no demonstrativo de fls. 03;

- que se tais valores são os constantes das guias de apuração de ICMS não fomos nós, auditores, que os estabelecemos como base de cálculo, nós utilizamos as informações por ele apresentadas;

- que durante o ano de 1992, foram emitidas notas fiscais com lançamento de ICMS que se reportam a nota fiscal nº 2351. Ora, se o ICMS não foi lançado à época da venda deve ser lançado quando da entrega, que foi o procedimento adotado pela empresa. São esses valores de ICMS que a impugnante alega que não devem compor a base de cálculo da COFINS por caracterizar bitributação. Essa alegação não prospera devido a esses valores ainda não terem sido tributados;

- que para a elaboração do termo Complementar, as bases de cálculo não foram corrigidas aplicando-se um índice qualquer como alega a Interessada. O que a fiscalização fez foi cumprir exatamente a legislação da COFINS, incluindo o ICMS lançado no faturamento mensal, o que não havia sido feito pelo contribuinte no demonstrativo de fls. 03;

- que quanto ao pedido de perícia contábil, entendemos sê-la desnecessária, face ao que foi exposto nesta contestação e constatado pela fiscalização.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário lançado, cuja decisão encontra-se assim ementada:

"NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

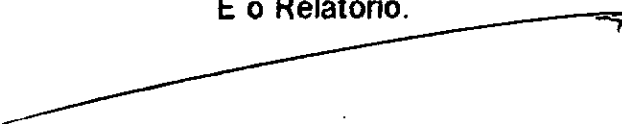
Somente o Poder Judiciário, declara a inconstitucionalidade das leis, porque presumem-se constitucionais todos os atos emanados do Executivo e do Congresso.
Assim, cabe à autoridade administrativa apenas promover a aplicação da lei nos estritos limites do seu conteúdo.

TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO

A falta de recolhimento da contribuição para o COFINS, nos prazos regulamentares, enseja a cobrança dos respectivos valores com os acréscimos legais cabíveis, através de lançamento "ex-offício".

Cientificada da decisão em 19/08/93 conforme Termo constante às fls. 67-verso e, com ela não se conformando, a interessada interpôs, em tempo hábil, o recurso voluntário de fls. 68/71, onde apresenta os mesmos argumentos expendidos na fase impugnatória, reforçado pela preliminar de nulidade do procedimento administrativo por cerceamento do direito de defesa em razão do indeferimento da perícia contábil pela autoridade singular.

É o Relatório.





**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

VOTO

CONSELHEIRO NELSON MALLMANN, RELATOR:

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

De acordo com a sua defesa, argüi a recorrente, inicialmente, a preliminar de nulidade do procedimento fiscal a partir das fis. 64, por cerceamento do direito de defesa, ante o indeferimento, pela autoridade singular, do pedido de perícia contábil.

Em relação a preliminar de nulidade nenhuma razão assiste à recorrente. Senão vejamos:

Diz o Processo Administrativo Fiscal - Decreto nº 70.235/72:

Art. 17 - A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligências, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único - O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome endereço do seu perito.

.....
Art. 59 - São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88

ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Como se verifica do dispositivo legal, não ocorreu, no caso do presente processo, a nulidade. A decisão foi proferida por funcionário ocupante de cargo no Ministério da Fazenda, que é a pessoa competente para decidir sobre o lançamento. Igualmente, todos os atos e termos foram lavrados por funcionários com competência para tal. A mesma autoridade que proferiu a decisão tem a competência para decidir sobre o pedido de perícia contábil, e é a própria lei que atribui à autoridade julgadora de primeira instância o poder discricionário para deferir ou indeferir os pedidos de diligência ou perícia, quando prescindíveis ou impossíveis, devendo o indeferimento constar da própria decisão proferida. Entretanto, o poder discricionário para indeferir pedidos de diligência e perícia não foi concedido ao agente público para que ele disponha segundo sua conveniência pessoal, mas sim para atingir a finalidade traçada pelo ordenamento do sistema, que, em última análise, consiste em fazer aflorar a verdade material com o propósito de certificar a legitimidade do lançamento.

Ora, a autoridade singular cumpriu todos preceitos estabelecidos na legislação em vigor e o lançamento foi efetuado com base em dados fornecidos pela própria suplicante, conforme se constata às fls. 03 do presente processo, retificados mediante diligência efetuada pela fiscalização com base nos documentos de fls. 42/50, acostados no processo, como se vê, não procede a situação conflitante alegada pela recorrente, ou seja, não se verificam, por isso, os pressupostos exigidos que permitam a declaração de nulidade da decisão de Primeira Instância.

Mesmo que o alegado pela recorrente fosse um dos pressupostos de nulidade previsto em lei, somente a título de argumentação, ainda assim não colhe a preliminar de nulidade da decisão argüida pelo recorrente, pois o processo contém explicações expressas das infrações cometidas, enquadramento legal e a matéria tributável.

Haveria possibilidade de se admitir a nulidade por falta de conteúdo ou objeto, quando o lançamento que, embora tenha sido efetuado com atenção aos



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88

ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

requisitos de forma e às formalidades requeridas para a sua feitura, ainda assim, quer pela insuficiência na descrição dos fatos, quer pela contradição entre seus elementos, efetivamente não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, ou seja, não restou provada a materialização da hipótese de incidência e/ou o ilícito cometido.

Ademais o Art. 60 do Decreto nº 70.235/72, prevê que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 do mesmo Decreto não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

No tocante ao mérito, também, entendo que não cabe razão a recorrente, senão vejamos.

A questão fiscal ora submetida a apreciação desta Câmara, refere-se a legalidade da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Com relação ao mesmo tema foi rendida oportunidade ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, cuja decisão foi a seguinte:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº
1 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal conheceu em parte da ação e, nessa parte, julgou-a procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos no Par. 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 03/93, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como da expressão "A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta Lei Complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social", contida no artigo 9º, e também da expressão "Esta



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88

ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores àquela publicação", constante do artigo 13º, todos da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991. Votou o presidente. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, Procurador-Geral da República. Plenário, 01/12/93 (STF - Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 - Rel.: Min. Moreira Alves - 1993 (DJU de 06/12/93))."

Inicialmente, cabe esclarecer que o Par. 2º do artigo 102 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 18/03/93, estabelece que as decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Resta, agora, estabelecer o que vem disposto nos artigos 1º, 2º, 9º, 10º e 13º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/91, vejamos:

"Art. 1º - Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do Inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividade-fim das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º - A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Parágrafo único - Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88
ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

.....

Art. 9º - A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta Lei Complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixará de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuição ora instituída.

Art. 10º - O produto da arrecadação da contribuição social sobre o faturamento, instituída por esta Lei Complementar, observando o disposto na segunda parte do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, integrará o Orçamento da Seguridade Social.

Parágrafo único - A contribuição referida neste artigo aplicam-se as normas relativas ao processo administrativo-fiscal de determinação e exigência de créditos tributários federais, bem como, subsidiariamente e no que couber, as disposições referentes ao imposto de renda, especialmente quanto a atraso de pagamento e quanto a penalidades.

.....

Art. 13º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores àquela publicação, mantidos, até essa data, o Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, a alíquota fixada no art. 11 da Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990."

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou, em caráter definitivo, a legislação vigente sobre a matéria de que trata a Lei Complementar nº



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 13856.000311/92-88

ACÓRDÃO Nº. : 104-13.355

70/91. Adotar a decisão do STF, significa, apenas, interpretar a lei na conformidade da interpretação dada pelo mais alto tribunal do País.

Quanto a questão da exclusão da base de cálculo do valor do ICMS, este já tem sido objeto de exame deste Primeiro Conselho de Contribuintes, que em reiterado e unânime entendimento tem decidido no sentido de que o ICMS integra a base de cálculo das contribuições de tem como base de cálculo o faturamento mensal.

Com efeito o artigo 2º da Lei-Complementar nº 70/91, estabelece que a base de cálculo da contribuição é o faturamento, não havendo qualquer norma que exclua dessa base de cálculo valor do ICMS.

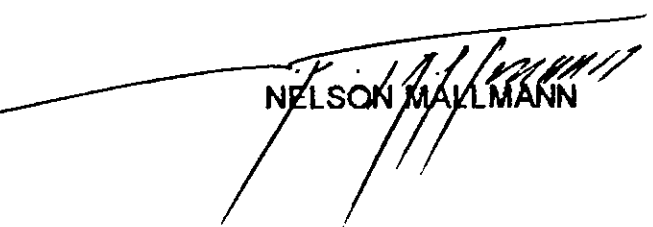
Por outro lado, a própria legislação reguladora do ICMS (Decreto-lei nº 406/68) estabelece que o ICMS integra o preço de venda da mercadoria.

Quanto aos possíveis valores recolhidos a maior para o FINSOCIAL, a recorrente deverá entrar com uma petição específica de pedido de restituição e/ou compensação de indébito tributário.

Diante disso a Fiscalização agiu de modo correto, não há o que reparar, haja visto que o lançamento e a decisão singular estão absolutamente corretos e a recorrente não trouxe provas aos autos para que pudesse elidir a tributação.

Em razão de todo o exposto e por ser de justiça, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão singular, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 13 de maio de 1996.


NELSON MALLMANN