



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

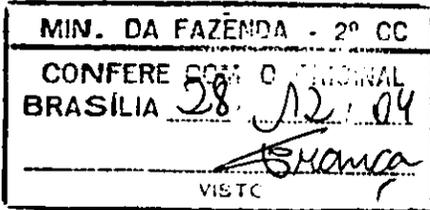
Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742

Recorrente : MINAS DA SERRA GERAL S/A
Recorrida : DRJ em Belo Horizonte - MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE.

A autoridade julgadora em primeira instância deve referir-se expressamente a todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante contra todas as exigências, sendo nula a decisão que assim não o fizer por se configurar como o ato administrativo ilegal.

Processo que se anula a partir da decisão de primeira instância, inclusive.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MINAS DA SERRA GERAL S/A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive. Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Marcos Joaquim Gonçalves Alves.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742

MIN. DA FAZENDA - 2ª
CONFERE COM O ORIGINAL BRASÍLIA 28. 12/04
<i>B. Maruca</i>
VISTO

2º CC-MF Fl.

Recorrente : MINAS DA SERRA GERAL S/A

RELATÓRIO

Versa o presente processo sobre o auto de infração visando a exigência da COFINS no período de fevereiro/99 a novembro/2001, cuja exigibilidade do crédito tributário ora constituído encontra-se suspensa em virtude de medida liminar concedida no bojo do Mandado de Segurança nº 1999.380017067-1 no qual está a ser discutida a aplicação da Lei nº 9.718/98.

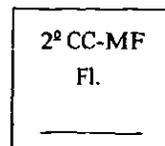
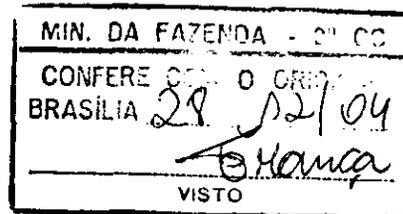
Inconformada com o lançamento a contribuinte interpôs impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. nulidade do Auto de Infração, uma vez que o art. 63 da Lei nº 9.430/96 veda expressamente a aplicação de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência;
2. a sentença concedida nos autos do mandado de segurança permanece válida até que seja modificada por decisão definitiva transitada em julgado ou suspensa por força de recurso que tenha efeito suspensivo;
3. o recurso interposto pela União tem efeito meramente devolutivo, não suspensivo, permanecendo, portanto, válida a sentença proferida concedendo a liminar;
4. em face do recurso de apelação o TRF da 1ª Região proferiu acórdão modificando a sentença favorável à impugnante, todavia, como o citado acórdão não foi publicado, não gerando efeitos na esfera judicial, permanece eficaz a sentença de primeira instância, estando a exigibilidade do crédito suspensa;
5. os créditos extemporâneos do ICMS não constituem receita, e, portanto, não podem ser incluídos na base de cálculo da COFINS;
6. a partir de 1995 a legislação do Estado de Minas passou a permitir que os contribuintes que acumulassem créditos pudessem aproveitá-los, mesmo extemporaneamente, estes créditos decorrem unicamente de pagamentos anteriores do ICMS embutido na custo de aquisição de insumos, tratando-se, assim, de um ônus, não de uma receita, sob a rubrica "recuperação de despesas – ICMS extemporâneo";
7. o alargamento da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98 é inconstitucional, solicitando a apreciação desta matéria pela autoridade administrativa, não para declarar a inconstitucionalidade da lei, mas para afastar a sua aplicação, por inconstitucional;
8. inaplicabilidade da Taxa SELIC como juros de mora, que, por sua vez, devem ater-se ao percentual de 1% ao mês, de conformidade com o disposto no art. 161, § 1º, do CTN.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742



A DRJ em Belo Horizonte - MG manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/BHE nº 4.329, fls. 263/271, afastando a preliminar de nulidade; aplicando a renúncia à esfera administrativa, no que diz respeito à matéria em discussão no Judiciário (inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98); afastando a aplicação da multa de ofício e mantendo a aplicação dos juros de mora à Taxa SELIC.

A contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 283/300 alegando em sua defesa:

1. ilegalidade da Taxa SELIC como juros de mora;
2. omissão da decisão recorrida ao não apreciar a matéria relativa à inclusão de créditos extemporâneos de ICMS na base de cálculo da COFINS, já que esta matéria não está em discussão na esfera judicial;
3. reitera os argumentos acerca de os créditos extemporâneos do ICMS constituírem despesa e não receita, não podendo, assim serem incluídos na base de cálculo da COFINS, tendo sido escriturados como "recuperação de despesas";
4. a própria fiscalização afirma que os créditos extemporâneos do ICMS não constituem receita, e que esta só se concretiza no "momento da utilização do crédito fiscal de ICMS";
5. não há renúncia à esfera administrativa uma vez que a recorrente ingressou com ação judicial antes da lavratura do Auto de Infração e a renúncia só se aplica no caso de ingresso no Judiciário posteriormente à lavratura da Peça Infracional;
6. inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

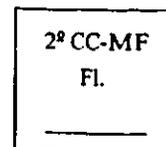
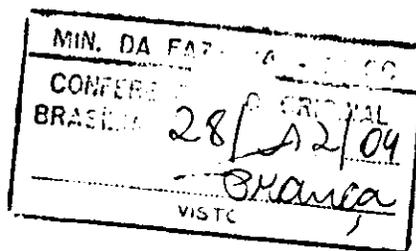
Foi efetuado depósito recursal garantido ao seguimento do recurso interposto, segundo informação de fl. 326.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742



VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente há de se verificar a razão de defesa da recorrente relativa à omissão da decisão recorrida ao não apreciar a matéria relativa à inclusão de créditos extemporâneos de ICMS na base de cálculo da COFINS, uma vez que esta matéria não está em discussão na esfera judicial, não se podendo, portanto, aplicar sob qualquer hipótese a renúncia à via administrativa.

Realmente, da análise dos autos, verifica-se que o que a recorrente está a discutir no Judiciário é a inconstitucionalidade e inaplicabilidade da Lei nº 9.718/98.

A questão acerca de os créditos extemporâneos do ICMS constituírem despesas e não receitas, não podendo, por conseguinte, integrarem a base de cálculo da COFINS não foi tratada no Judiciário, não havendo, assim a renúncia à via administrativa aplicada pela decisão recorrida.

Observe-se aqui que, caso a recorrente obtenha provimento jurisdicional favorável ao seu pleito, estes valores, por não se enquadrarem como receitas de vendas de mercadorias e/ou serviços, como determinava a LC nº 70/91, estariam fora da base de cálculo da COFINS. Mas, se o provimento jurisdicional for desfavorável à recorrente, tais valores comporiam a base de cálculo da contribuição caso fossem considerados receitas no conceito da Lei nº 9.718/98. Todavia, se estes valores fossem considerados como despesa e não receita, como alega a recorrente desde a impugnação, não comporiam a base de cálculo da COFINS, mesmo em se aplicando o disposto na Lei nº 9.718/98.

A análise desta matéria é, pois, estranha à lide que está a ser tratada no Judiciário, merecendo desta feita ser apreciada na esfera administrativa.

É princípio do Direito Administrativo Tributário a ampla defesa, por meio do qual assegura-se ao contribuinte a possibilidade de ver reconhecidas e apreciadas todas as suas alegações.

Ressalte-se que, diante do não enfrentamento pelo julgador de primeira instância da questão que lhe foi posta à apreciação, não pode o julgador de segunda instância sobre ela se manifestar originariamente, vez que a análise de matéria não enfrentada pelo julgador de primeiro grau reverte o devido processo legal, pois transferiria para a fase recursal a instauração do litígio. Se o colegiado de segunda instância acolher tal espécie de recurso estará ferindo, também, o princípio do duplo grau de jurisdição, suprimindo uma instância, o que afrontaria o amplo direito de defesa do sujeito passivo.

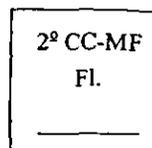
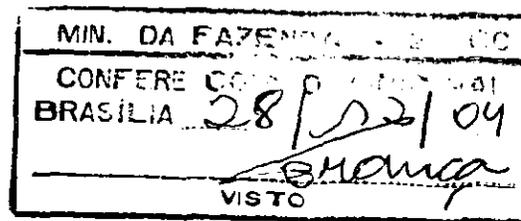
Tendo como norte a necessidade de garantir ao sujeito passivo o direito à sua plena defesa, faz-se por demais importante que os julgamentos sejam exarados da forma mais clara, com total publicidade, e, indubitavelmente, com a análise de todas as objeções que formalmente tenham sido opostas à pretensão do Fisco de constituir o crédito tributário.

Os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742



deliberativo e ao teor da manifestação do Estado, impondo-se aos seus executores, uma completa submissão às pautas normativas.

Ao Contencioso Administrativo, no direito brasileiro, é atribuída a função primordial de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, através da revisão dos mesmos, cabendo às instâncias julgadoras administrativas reconhecer e declarar nulo o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. Máxime, quando, por efeito da interposição dos recursos administrativos, é levado ao pleno conhecimento do julgador *ad quem* a matéria discutida pela instância inferior, com a transferência, para o juízo superior, do ato decisório recorrido, que, reexaminando-o, profere novo julgamento, que, embora limitado ao recurso interposto, sob o ditame da máxima: *tantum devolutum, quantum appellatum*, não pode olvidar a averiguação, de ofício, da validade dos atos praticados. O recurso é fórmula encontrada para o Estado efetuar o controle da legalidade do ato administrativo de julgamento, sendo, na sua essência, um remédio contra a prestação jurisdicional que contém defeito.

Nas palavras de Antônio da Silva Cabral¹ (...) *“por força do recurso o conhecimento da questão é transferido do julgador singular para um órgão colegiado, e esta transferência envolve não só as questões de direito como também as questões de fato. Para o autor, o recurso voluntário remete à instância superior o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas no processo, como também a observância à forma dos atos processuais, que devem obedecer às normas que ditam como devem proceder os agentes públicos, de modo a obter-se uma melhor prestação jurisdicional ao sujeito passivo”*.

E, vez que a ilegalidade incontestada encontra-se entre as determinantes da nulidade dos atos administrativos, cabe às instâncias julgadoras administrativas reconhecer e declarar nulo o ato que se deu em desconformidade com as determinações legais. Posicionamento que se esteia na mais abalizada doutrina, conforme excerto do administrativista Hely Lopes Meirelles², quando se refere aos atos nulos, a seguir transcrito:

“(...) é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (...), mas essa declaração opera ex tunc, isto é retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.” (destaques do original)”

¹ Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, p.413.

² Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores: 1992, p. 156.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10680.010982/2002-60
Recurso nº : 126.046
Acórdão nº : 202-15.742

MIN. DA FAZENDA	2.00
CONFERE	AL
BRASIL	28/02/04
<i>B. HONOR</i>	
VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Com essas considerações, voto no sentido de que a decisão de primeira instância seja anulada, para que outra seja produzida na forma do bom direito, com o enfrentamento de todas as questões de defesa argüidas pelo sujeito passivo na impugnação.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2004

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA //