



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

Processo n° 10830.006920/2006-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-002.539 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2015
Matéria PIS e COFINS
Recorrente COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002

Ementa:

PIS E COFINS. RECOMPOSIÇÃO TARIFÁRIA EXTRAORDINÁRIA - RTE. DCTF RETIFICARORA. PROVA NO CURSO DO PROCEDIMENTO FISCAL. PROCEDÊNCIA. APURAÇÃO DO CRÉDITO. VERDADE MATERIAL

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Retificação por meio de DCTF e DIPJ no curso do procedimento fiscal. Tais provas tem que ser consideradas por conta do princípio da verdade.

Cancelamento do auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente.

Fábia Regina Freitas - Relatora.

EDITADO EM: 16/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Marcio Canuto Natal, Mônica Elisa de Lima, Luiz Augusto do Couto Chagas, Maria Teresa Martinez Lopez e Fábila Regina Freitas (Relatora).

Relatório

Por bem resumir a lide narrada nesses autos, adoto o relatório da DRJ

(fls.571/578):

1. Trata-se de impugnação as exigências fiscais relativas à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — COFINS e ao Programa e Integração Social - PIS, formalizadas nos autos de infração de fls. 14/22. O feito, referente a fatos geradores ocorridos entre abril e dezembro de 2002, constituiu crédito tributário no total de R\$ 18.107.089,39, somados o principal, multa de ofício e juros de mora.

2. No TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL — PARCIAL de fls. 04/13, a autoridade autuante relata os fatos relevantes da ação fiscal que deu origem ao presente lançamento e que também apurou irregularidades relativas ao IRPJ e à CSLL, tratadas em processos distintos. No tocante à COFINS e ao PIS, a auditoria assim se reporta aos motivos da autuação:

DAS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS DECLARADAS A MENOR EM DCTF NO ANO CALENDÁRIO DE 2002.

• No curso dos trabalhos da fiscalização e da Revisão Interna de Declaração da Pessoa Jurídica — DIPJ/2003 constatou-se inconsistências nas bases de cálculo que serviram para apuração do PIS e da COFINS quando do cotejo entre DIPJ x DCTF;

• A fiscalizada foi intimada para manifestação quanto às divergências encontradas em relação aos débitos declarados;

• Em sua resposta a fiscalizada informou que retificou, em 31/11/2006, as DCTF (1º, 2º e 3º trimestres), tornando, então, os débitos consistentes entre DIPJ e DCTF;

• Porém, em virtude de estar a fiscalizada sob procedimento fiscal, o crédito tributário com relação às diferenças apontadas de PIS e COFINS será exigido por meio de lançamento nesta oportunidade, a saber:

[segue-se a tabela de fl. 11, discriminando, mês a mês as diferenças apuradas para as duas contribuições]

3. Cientificada da exigência em 29/12/2006, em 30/01/2007 a autuada interpôs a impugnação de fls. 115/130 em que alega o que segue.

4. Preliminarmente, levanta a nulidade do auto de infração porque, a seu ver, este não teria apontado as disposições legais infringidas como exige o inciso IV, art. 10 do Decreto no 70.235, de 1972. Diz a impugnante:

No presente caso, a D. Fiscalização incorreu em grave nulidade relativamente a falta de indicação da norma tributária supostamente infringida pela Requerente. Com efeito, alega-se que a Requerente possui uma insuficiência de recolhimentos das contribuições para o PIS e COFINS, detectado quando do cotejo entre DIPJ 2003 X DCTFs do exercício de 2002.

De acordo com as D. Autoridades Fiscais, no curso do Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.04.00-2005-00434-05, a requerente foi intimada a manifestar-se quanto às divergências encontradas em relação aos débitos supostamente declarados nas DCTFs do exercício de 2002, oportunidade em que retificou, em 13 de novembro de 2006 as

mesmas DCTFs, tornando então os débitos consistentes entre a DIPJ 2003 e DCTFs do exercício de 2002.

Entretanto, como se pode observar, no Auto de Infração lavrado, a D. Autoridade Fiscal furtou-se de indicar a base legal que fundamentou a autuação, e tampouco revelou qual o fundamento para a autuação relativa as divergências constatadas quando do cotejo entre DIPJ 2003 X DCTFs do exercício de 2002, uma vez que as referidas contribuições foram efetivamente recolhidas aos cofres da União como será demonstrado e comprovado adiante nesta impugnação.

De fato, a D. Autoridade Fiscal não apontou como fundamento da autuação dispositivos legais que remetem ao descumprimento de uma obrigação acessória por parte do contribuinte, mas sim, mencionou a legislação que instituiu as contribuições do PIS e da COFINS [...]

5. Na seqüência, a interessada passa a examinar os dispositivos legais invocados pelo autuante de molde a afirmar sua tese acerca de a disposição legal infringida não integrar o auto de infração:

O artigo 1º, da Lei Complementar nº 70/91 determina que, sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social - PIS e para a Contribuição para a Seguridade da Seguridade Social, nos termos do inciso 1, do artigo 195, da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente as despesas com atividades fim das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Os artigos 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98 com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições e artigos 2º, inciso II e parágrafo único, artigos 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº. 4.524/02, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições, estabelecem quem é considerado o sujeito passivo das contribuições, alíquota, fato gerador, bem como define o conceito de faturamento adotado pela legislação, para fins de apuração e determinação da base de cálculo das referidas contribuições.

12 - Ora, no caso em questão não se discute quem por lei é o sujeito passivo das contribuições do PIS e da COFINS, alíquota, fato gerador, contribuinte, nem tampouco o conceito de faturamento e receita bruta, mas sim as divergências entre as informações fornecidas na DIPJ 2003 X DCTFs do exercício de 2002, cuja origem deveu-se a contemplação dos efeitos da Recomposição Tarifária Extraordinária (RTE), cuja tributação foi diferida.

A falta de indicação da infração cometida, bem como a ausência de dispositivos que ensejaram o lançamento do crédito tributário sobre a Requerente é **completamente pertinente**, e implica em erro na capitulação legal da infração, tornando nulo o lançamento realizado por meio do Auto de Infração em questão, uma vez que a formalização deste deve obedecer de maneira rigorosa aos requisitos impostos pelo artigo 142, do Código Tributário Nacional — CTN [...]

6. Antes da argumentação de mérito, a impugnante traga o histórico que entende vinculado à apuração da divergência entre os valores de PIS e COFINS apurados na DIPJ de 2003 e aqueles constantes da DCTF de 2002, como verificado pela auditoria.

7. De início, identifica-se a interessada como empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, sujeita às normas de regulamentação da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica.

8. Rememora a crise de energia elétrica havida no país em 2001 e a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica ("GCE"), instância que, entre outras medidas, impôs uma sobretarifa aos consumidores, bem como estabeleceu limites de uso e fornecimento de energia elétrica.

9. Continua a defesa:

Entretanto, em razão das medidas adotadas pelo Governo de redução forçada da demanda, as empresas concessionárias de energia elétrica tiveram significativa redução das suas margens de lucro, uma vez que os encargos de financiamento e custos fixos foram mantidos sem a correspondente receita.

A Requerente, enquanto concessionária de serviço público de energia elétrica, foi obrigatoriamente, envolvida no Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica.

Diante de tal abalo econômico, o Poder Executivo e as empresas concessionárias (distribuidoras e geradoras) de energia elétrica celebraram o Acordo Geral do Setor Elétrico, instituindo a Recomposição Tarifária Extraordinária ("RTE"), formalizado com a edição da Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

A Recomposição Tarifária Extraordinária abrangeu as perdas de margem incorridas pelas concessionárias no período de vigência do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, além dos custos adicionais da "Parcela A" para o período de 01/01/2001 a 25/10/2001, bem como a parcela dos custos com a compra de energia no âmbito do Mercado Atacadista de Energia (MAE), realizados até dezembro de 2002.

Em suma, de acordo com os normativos supramencionados, o Poder Executivo criou a Recomposição Tarifária Extraordinária ("RTE"), figura esta que representa uma tarifa adicional que concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica devem cobrar de consumidores por prazo determinado, com o objetivo de repor perdas de receita decorrentes de situação emergencial de gerenciamento nacional de energia elétrica, perdas essas que afetaram o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público.

No ano de 2002, o IBRA CON (Instituto Brasileiro de Contadores), através do Comunicado nº 01102 e das Resoluções n's 31/02 e 72/02 expediu entendimento no sentido de que a importância correspondente à recomposição tarifária extraordinária, autorizada pelo Governo, caracterizava-se como um ativo e, assim deveria ser registrado pelas distribuidoras e geradoras de energia elétrica no resultado do exercício findo em 31 de dezembro de 2001 e durante o exercício de 2002. No mesmo sentido é o que dispôs o item 2, do Ofício Circular nº 91/2002 - SFF/ANEEL, de 14 de fevereiro de 2002, e a Resolução ANEEL nº 72, de 7 de fevereiro de 2002 (Doc. nº 4).

Apesar do ativo referente a RTE ter sido contabilizado em novembro e dezembro de 2001 e durante o exercício de 2002, seu efetivo recebimento ocorreu através dos pagamentos das tarifas pelos

consumidores de energia, fato que ocorreu, para a Requerente, a partir de abril de 2002 até meados de 2005. Em outras palavras, a receita relativa aos ativos de RTE somente esteve disponível para fruição da Requerente, após o início do faturamento do consumo de energia elétrica para os consumidores.

Diante de tal situação, a Requerente entendeu que, enquanto não ocorresse o fato gerador das contribuições para o PIS e COFINS, concreto que se subsuma a lei "in abstractu", não implicaria para o contribuinte qualquer obrigação tributária. Logo, enquanto não houvesse o efetivo consumo da energia elétrica disponibilizada, sobre o qual incidiria a sobretarifa, isto é, enquanto não ocorresse a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica dos recursos, conforme preconiza o artigo 43, do Código Tributário Nacional ("CTN"), não haveria a aplicação da tributação de receita contabilizada no ano de 2001.

Ocorre que, como a Requerente já havia efetuado o reconhecimento contábil do ativo de RTE em dezembro de 2001 e nos meses de janeiro a março, julho e agosto de 2002, conforme valores homologados através de Despachos da ANEEL (Doc. nº 4), tendo estes sido computados na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, cujo recolhimento foi efetuado no decorrer do exercício de 2002 [sic]

Para assegurar que não fosse surpreendida por fiscalização que determinasse a tributação imediata de RTE, a Requerente formulou em 31.03.2003, junto a Secretaria da Receita Federal, Consulta Administrativa a respeito da legislação tributária Federal, referente ao IRPJ, CSLL PIS e COFINS, todos incidentes sobre a receita oriunda dos ativos de RTE.

Nos termos do relatório da referida Solução de Consulta [processo administrativo no 13811.11.000879/2003 -48], a Secretaria da Receita Federal esclarece que, no caso em tela, não há qualquer infração ao regime de competência quando ocorre a tributação da receita gerada pela aplicação da sobretarifa quando do seu efetivo recebimento, pois a mera expectativa de ganho futuro não pode se consubstanciar em fato gerador de renda das concessionárias de energia elétrica.

A Solução de Consulta SRRF/8º RF/DISIT nº 166, esclareceu que o consumo da energia elétrica e seu posterior faturamento é que representam o fato econômico gerador da disponibilidade jurídica da renda oriunda de RTE, ou seja, é o consumo que representaria o aspecto material da hipótese de incidência tributária em análise e, sem o cumprimento desse aspecto, não há que se falar em obrigação tributária.

Em decorrência do entendimento da Secretaria da Receita Federal, exarado na Solução de Consulta supramencionada, a Requerente efetuou em junho de 2003, o reprocessamento das bases de cálculos das contribuições do PIS e da COFINS de dezembro de 2001 e do exercício de 2002. Passando a adotar a tributação da receita da sobretarifa oriunda do ativo de RTE quando do efetivo faturamento, relativo ao efetivo consumo de energia elétrica.

Do reprocessamento efetuado em junho de 2003, nas bases de cálculos das contribuições do PIS e da COFINS de dezembro de 2001 e do

exercício de 2002, resultaram novas bases de cálculo destas contribuições, sendo que em alguns meses estas ficaram maiores e em outros menores, se comparadas com as bases de cálculo anteriores ao reprocessamento (Doc. no 6).

Como a Requerente, anteriormente à sua Solução de Consulta, efetuou recolhimentos do PIS e da COFINS com base na contabilização dos ativos de RTE, conforme homologação da ANEEL e em decorrência de normas impostas pelo IBRACOIV, estes recolhimentos foram considerados indevidos, com base no entendimento exposto na Solução de Consulta fiscal em favor da empresa.

Quando do reprocessamento efetuado em junho de 2003, os recolhimentos indevidos foram utilizados nos pagamentos das novas apurações das contribuições do PIS e da COFINS do exercício de 2002, referente aos meses de abril a setembro, novembro e dezembro, através do instituto da compensação.

Os reprocessamentos efetuados em junho de 2003, das bases de cálculo do PIS e da COFINS de dezembro de 2001 e do exercício de 2002 foram demonstrados na DIPJ - 2002 em relação a dezembro de 2001 e, na DIPJ - 2003, com relação ao exercício de 2002 (Doc. n° 7).

Isto posto, ao contrário do que pretendeu afirmar a D. Fiscalização, a Requerente em nenhum momento deixou de recolher as contribuições do PIS e da COFINS devidas sobre suas receitas e, tampouco houve insuficiência na composição de suas bases de cálculo, mas ao contrário, efetuou recolhimentos a maior das referidas contribuições.

10. Após discorrer sobre os efeitos da decisão prolatada no processo de consulta, dirige-se a contribuinte especificamente aos fatos que suportam a autuação:

A D. Autoridade Fiscal alega que há divergência de informações da Requerente, declaradas na DIPJ - 2003 quando em confronto com a DCTFs do exercício de 2002, o que resultou na apuração de insuficiência de recolhimentos de PIS e COFINS nos meses de abril a setembro de 2002 e novembro e dezembro de 2002. Tais divergências foram sanadas em 13 de novembro de 2006, através da entrega de DCTFs retificadoras (Doc. n° 8).

A Requerente, após o reprocessamento, efetuou compensações de contribuições do PIS e da COFINS com créditos advindos de recolhimentos indevidos, cujas apurações se deram em dezembro de 2001, janeiro a maio, julho e agosto de 2002 (período do reconhecimento contábil dos ativos de RTE) (Doc. n° 9).

Ressalta-se que apenas a partir de outubro de 2002, por meio da Instrução Normativa SRF n° 210, de 30 de setembro de 2002, a Secretaria da Receita Federal passou a exigir que os contribuintes que efetuassem compensações deveriam formalizá-las através da entrega da Declaração de Compensação - Decomp.

Ora, se a Requerente tivesse retificado as DCTFs do exercício de 2002 e entregue as Decomps relativamente aos meses de novembro e dezembro de 2002, meses em que efetuou recolhimento através de compensação (após o reprocessamento), a Secretaria da Receita Federal quando da análise das Decomps entenderia que a quitação destas contribuições estariam sendo efetuadas em junho de 2003, o que de fato não refletiria a real situação da Requerente, pois o crédito indevido teve sua origem em recolhimentos efetuados no exercício de

2002, e por conseqüência exigiria multa e juros penalizando indevidamente a Requerente.

Desta maneira, não há como prosperar o Auto de Infração lançado pela D. Autoridade Fiscal, que alega insuficiência de recolhimento das contribuições de PIS e COFINS, relativos ao exercício de 2002.

Com a edição da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, a Secretaria da Receita Federal passou a exigir, a partir de outubro de 2002, que os contribuintes que efetuassem compensações entre impostos ou contribuições sob sua administração, deveriam formalizar tal opção perante este órgão, mediante o encaminhamento Declaração de Compensação - Decomp.

Portanto, até o advento da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, não havia fundamento legal que obrigasse o contribuinte a formalizar, perante a Secretaria da Receita Federal, todas as compensações que efetuasse. Mas ao contrário, as compensações poderiam ser efetuadas de ofício pelo contribuinte quando da apuração dos seus impostos e contribuições.

Com o reprocessamento efetuado em junho de 2003, das bases de cálculo do PIS e da COFINS de dezembro de 2001 e do exercício de 2002, proporcionalmente ao efetivo consumo de energia elétrica sobre o qual incidiu a cobrança da sobretarifa, a Requerente apurou, nos meses de janeiro a março e outubro de 2002 PIS e COFINS a maior e, nos meses de abril a setembro e de novembro e dezembro de 2002 PIS e COFINS a menor, isto é a pagar. Tendo estes sido pagos através da compensação de ofício com o crédito que a Requerente possuía a época referente aos reconhecimentos contábeis dos ativos de RTE ocorridos em dezembro de 2001, janeiro a março, julho e agosto de 2002, conforme resta demonstrado nesta impugnação.

As compensações efetuadas pela Requerente nos meses de novembro e dezembro de 2002, relativas à contribuição de PIS e COFINS apurados após o reprocessamento, não poderiam ter sido formalizadas através da entrega da Decomp, uma vez que as bases de cálculo destas contribuições foram objeto de ajustes efetuados em junho de 2003, retroativamente ao exercício de 2002, e a Secretaria da Receita Federal entenderia que as contribuições de 2002 estariam sendo quitadas em junho de 2003, penalizando injustificadamente a Requerente, visto que cobraria multa e juros indevidos sobre os valores objeto da compensação.

A penalidade em questão seria advinda do entendimento equivocado da Secretaria da Receita Federal, que concluiria que a Requerente estaria quitando contribuições de PIS e COFINS de competência de novembro e dezembro de 2002, em junho de 2003.

Ante o exposto acima, é evidente que a presente autuação é improcedente e deve ser integralmente cancelada, uma vez que **não houve insuficiência de recolhimentos das contribuições do PIS e da COFINS relativamente ao exercício de 2002**, conforme restou demonstrado nesta impugnação, mas tão somente a declaração incorreta quando do preenchimento da obrigação acessória DCTFs do exercício de 2002, declarações estas que já foram objeto de retificação pela Requerente, em 13 de novembro de 2006 (Doc. nº 8).

11. Argumentação contra a multa de ofício e a utilização da taxa Selic como parâmetro para cálculo dos juros de mora última as razões de impugnação. A seu ver, é ilegítima a imposição de penalidade que exproprie o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio, em percentual que alcança quase a totalidade do valor do tributo exigido. Por ofensa ao princípio da legalidade, a taxa Selic, cuja natureza não é tributária, não poderia ser tomada como espeque para o cálculo dos juros moratórios.

A DRJ entendeu por bem denegar o provimento à impugnação em acórdão de fls. 570/585, cuja ementa está assim redigida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/04/2002 a 31/12/2002

COMPENSAÇÃO. PROVA.

A alegação de que os valores exigidos de ofício teriam sido compensados com valores pagos exige a comprovação documental da efetiva compensação, mediante a apresentação dos registros do procedimento nos livros contábeis. A partir de outubro de 2002, a apresentação da Declaração de Compensação à Administração Tributária passa a ser requisito essencial da compensação, sem o qual reputa-se como inexistente o procedimento.

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.

MULTA E OFÍCIO. JUROS DE MORA. SELIC.

percentual da multa e ofício bem como a aplicação de juros com base na taxa Selic decorrem de disposições previstas em lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-las.

Em face da mencionada decisão, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 592/612), mediante o qual apontou (i) nulidade da autuação por ausência de fundamentação; (ii) as DCTFs relativas aos trimestres objeto da presente autuação, entregues após o início desse procedimento fiscal, devem ser consideradas pelos Julgadores, já que revelam o acerto das compensações realizadas; (iii) as compensações foram realizadas em 2002, mas constaram na retificadora de 2003; (iv) pelo princípio da verdade material

É o relatório.

Voto

Conselheira Fábiana Regina Freitas

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n. 70.235, de 06 de março de 1972, assim dele tomo conhecimento.

Quanto à nulidade da autuação por ausência da necessária fundamentação, entendo que não merece prosperar a alegação da contribuinte. Isso porque, como bem ressaltou a r. decisão prolatada pela DRJ, esse Eg. Conselho tem se posicionado no sentido de afastar tais alegações quando se verifica que o contribuinte, com base nos dados e informações narradas no Auto de Infração, pôde se defender de forma plena e plausível. Nesse sentido são as ementas:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. DEFESA SUBSTANCIAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Se o Auto de Infração descreve suficientemente os fatos, bem como a verificação, feita pelo Auditor Fiscal, da ocorrência do fato gerador, do montante tributável e da penalidade aplicável, permitindo o pleno exercício do direito de defesa, não há nulidade do lançamento, mormente quando a defesa substancial realizada na impugnação e no recurso voluntário demonstram que o contribuinte teve adequado conhecimento das infrações imputadas e exerceu seu direito a ampla defesa. (...)” (PA 10980.723636/2012-32 – Ac. 2802-003.2011, sessão de 04/11/2014)

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI.

Período de apuração: 01/08/2004 a 30/09/2004

AUTO DE INFRAÇÃO CONTENDO IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTADA E ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO.

Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade do lançamento, quando o auto de infração atende ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, identifica a matéria tributada e contém a fundamentação legal correlata. (...)” (PA 16045.000235/2009-61, Ac. 3302-002.318, sessão de 25/09/2013)

No caso concreto, o contribuinte trouxe aos autos, a meu ver, todos os elementos necessários a infirmar as acusações fiscais. Nesse sentido, afasto a nulidade apontada.

No mérito, entendo assistir razão à contribuinte pelas razões a seguir expostas:

O presente Auto de Infração foi lavrado sob a alegação de que teria havido recolhimento de PIS e COFINS a menor em 2002, conforme se pode observar do disposto no Termo de Verificação Fiscal:

DAS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS DECLARADAS A MENOR EM DCTF NO ANO CALENDÁRIO DE 2002

- *No curso dos trabalhos da fiscalização e da Revisão Interna de Declaração da Pessoa Jurídica — DIPJ/2003 constatou-se inconsistências nas bases de cálculo que serviram para apuração do PIS e da COFINS quando do cotejo entre DIPJ x DCTF;*
- *A fiscalizada foi intimada para manifestação quanto as divergências encontradas em relação aos débitos declarados;*

• Em sua resposta a fiscalizada informou que retificou, em 31/11/2006, as DCTF (1º, 2º e 3º trimestres), tornando, então, os débitos consistentes entre DIPJ e DCTF;

• Porém, em virtude de estar a fiscalizada sob procedimento fiscal, o crédito tributário com relação às diferenças apontadas de PIS e COFINS será exigido por meio de lançamento nesta oportunidade, a saber:

[segue-se a tabela de fl. 11, discriminando, mês a mês as diferenças apuradas para as duas contribuições].

Como se verifica, o fiscal, ao lavrar o presente Auto de Infração já detinha conhecimento do equívoco material incorrido pela contribuinte, ora recorrente. Nada obstante, por motivos formais, já que as DCTFs foram retificadas no curso do procedimento fiscal, desconsiderou as informações e retificações trazidas pelo contribuinte, inclusive no que diz respeito ao crédito tributário apontado.

O procedimento administrativo deve, de fato, reger-se pela verdade material. Nesse contexto, a assertiva contida na autuação atenta contra o mencionado princípio, ainda mais quando se observa as provas trazidas pelo contribuinte nos presentes autos.

De fato, o contribuinte, a meu ver, demonstrou que era detentor de crédito consubstanciado na chamada Recomposição Tarifária Extraordinária – RTE, cujos valores estão bem delineados nos anexos das Resoluções n. 480 e 481 de 2002, da ANEEL (fls. 150/154). Esse crédito consistia em uma tarifa, que deveria ser reconhecida como ativo pelo contribuinte, segundo as regras contábeis da época, em dezembro de 2001 e durante o exercício de 2002 (fl. 155). O contribuinte assim o fez, tendo reconhecido a RTE nos meses de dezembro de 2001, janeiro a março, julho e agosto de 2002 e inserido a mencionada verba na base de cálculo desses meses.

Ocorre que segundo a Solução de Consulta SRRF /8ª RF/DISIT n. 166/2003 (fls. 162/166), a RTE somente faria parte da base de cálculo do PIS e da COFINS nos meses e na proporção do consumo de energia mensal, já que não se poderia incidir tributos, quais sejam, PIS e COFINS sobre expectativa de ganhos futuros.

Essa nova orientação fez com que a ora recorrente, em junho de 2003, recompusesse as bases de cálculos do PIS e da COFINS relativa a dezembro de 2001 e do exercício de 2002, passando a tributar a receita da RTE apenas quando do seu efetivo faturamento. Desse reprocessamento, demonstrado às fls.169/170, apuraram-se bases, em alguns meses de 2002, menores que as efetivamente recolhidas. Ou seja, foram apurados valores de recolhimento a maior que, segundo o demonstrado pelo contribuinte, foram utilizados como pagamento para as mesmas contribuições relativas aos meses de abril e setembro e novembro e dezembro de 2002.

Veja que em momento algum a fiscalização ou mesmo a DRJ questionou a resposta da Consulta referida, tampouco se a compensação efetuada pelo contribuinte, a despeito da forma utilizada, foi feita dentro dos limites do crédito. A discussão firmou-se apenas na questão atinente à forma utilizada pelo contribuinte para informar a correta base de cálculo dos tributos em questão e que, no meu entender, de fato, não foi a mais correta.

No entanto, como já destacado anteriormente, não se pode ignorar que houve retificação das DCTFs e DIPJs apresentadas e tais documentos foram levados a conhecimento do fiscal autuante, que, por elemento formal, simplesmente os desconsiderou, tendo em vista que já havia sido iniciado o procedimento fiscal.

Analisando o contexto desses autos e todos os elementos trazidos pelo contribuinte, entendo que restou violado o princípio da verdade material. Nesse sentido trago à baila a seguinte ementa desse Eg. CARF:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

**INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98.
BASE DE CÁLCULO DA COFINS**

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a COFINS deve incidir sobre o faturamento. Nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, este Conselho deve seguir as decisões proferidas pelo plenário do STF.

**ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO.
INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. PROCEDÊNCIA. APURAÇÃO
DO CRÉDITO. VERDADE MATERIAL**

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Havendo prova nos autos que foi recolhido valor a maior do que o devido, deve-se conceder o direito ao creditamento, inclusive na carência de DCTF retificadora, pelo princípio da verdade material.

Recurso Voluntário Provido.

Veja que o precedente trazido traz situação ainda mais grave do que a narrada nesses autos, pois o que se analisou foi a incorreção do preenchimento da DCTF sem a necessária retificação. No caso dos autos, a retificadora foi apresentada, ainda que fora do prazo correto. Caberia, a meu ver, quando muito, penalidade acessória, mas não a cobrança de tributo que, como restou demonstrado, não se sustenta face à farta documentação trazida aos autos. Nesse caso a manutenção do Auto de Infração implica em nítido enriquecimento ilícito do Estado, o que é vedado pelos mais mezinhos princípios legais e constitucionais aplicáveis.

A fiscalização, nesse caso, bem como a DRJ foram inábeis na demonstração da robustez do crédito exigido, justificando sua exigência em erros procedimentais e esquecendo o aspecto material, que é tão caro ao processo administrativo fiscal.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para cancelar integralmente a presente autuação.

Fábia

Regina

Freitas

–

Relatora.

CÓPIA