



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MP - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 03 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

Recorrente : REBERAN REVENDEDORA DE BEBIDAS RANDO LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

NORMAS PROCESSUAIS - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente. **Preliminar rejeitada.**
FINSOCIAL - COMPENSAÇÃO - PRAZO DECADENCIAL - Exteriorizando-se o indébito a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras da contribuição, surge para o contribuinte o direito à sua compensação, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido. A contagem do prazo decadencial para efetuar a compensação apenas se inicia a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma. Inexistindo resolução do Senado Federal, deve-se contar o prazo a partir do reconhecimento da Administração Pública de ser indevido o tributo, *in casu*, a MP nº 1.110/95, de 31/08/95.

COFINS - COMPENSAÇÃO PIS/COFINS - Em se tratando de contribuições de espécies diferentes, os créditos só poderão ser utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

RECEITAS FINANCEIRAS - Não estando as receitas financeiras dispostas nas exclusões autorizadas pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, as mesmas fazem parte da base de cálculo da Cofins. **MULTA DE OFÍCIO** - É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de multa de ofício de 75% do valor da contribuição que deixou de ser recolhida pelo sujeito passivo.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **REBERAN REVENDEDORA DE BEBIDAS RANDO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente

Luciana Pato Peçanha Martins
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Antônio Augusto Borges Torres, Valmar Fonseca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Renato Scalco Isquierdo.

Imp/cf



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

Recorrente : REBERAN REVENDEDORA DE BEBIDAS RANDO LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos adoto em parte o relatório elaborado pela DRJ em Ribeirão Preto – SP:

“A empresa qualificada acima foi autuada em virtude da apuração de falta no recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre o período de apuração de 01/05/1998 a 31/12/2000, conforme o Auto de Infração contendo descrição dos fatos e enquadramento legal, de fls. 03 a 07.

2. De acordo com os demonstrativos de apuração da Cofins, multa e juros, às fls.08 e 13, o auditor fiscal autuante constituiu o crédito tributário no montante de R\$594.280,43, sendo R\$287.527,20 de contribuição, R\$91.107,94 de juros de mora calculados até 31/01/2001 e R\$215.645,29 de multa proporcional passível de redução.

3. Segundo a descrição dos fatos constante às fls. 04 e 05, a autoridade fiscal glosou compensações alegadas pelo contribuinte, implicando em falta de recolhimento e na conseqüente lavratura do auto de infração. O motivo da glosa foi basicamente a inexistência de indêbitos do PIS, após aplicação das Leis Complementares nº 7, 1970 e nº 17, de 1973 e mesmo que houvesse indêbito não seria cabível a compensação pela falta de autorização da SRF para isso. Em relação aos alegados indêbitos do Finsocial, tendo passados mais de 5 anos do pagamento, teria ocorrido a extinção do direito da repetição do indêbito.

4. Ainda, no período de 02/1999 a 12/2000 foram excluídas indevidamente da base de cálculo os valores auferidos a título de receitas financeiras e de outras receitas.

5. Devidamente cientificada do lançamento em 15/03/2001, conforme Aviso de Recebimento de fl. 258, a interessada apresentou a impugnação às fls. 262 a 299, requerendo anulação da autuação, alegando em síntese, o seguinte:

5.1. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALÍQUOTAS ACIMA DE 0,5%. Apresenta razões e jurisprudência para dizer que decidida pelo STF a inconstitucionalidade da exigência do Finsocial acima de 0,5%, surge para a fazenda Nacional, o dever de restituir aos contribuintes os indêbitos ou aceitar a sua compensação, conforme determina o art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991. Que o Finsocial pode ser compensado com a Cofins por ter a mesma destinação constitucional, como requerido pela Lei nº 9.250, de 1995. Apresenta jurisprudência nesse sentido para concluir que não há justificativas para a impugnante não efetivar a compensação independente de autorização administrativa;



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

5.2. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEI N°s 2.445 e 2.449. SEMESTRALIDADE. COMPENSAÇÃO. Tendo sido declarados inconstitucionais os Decretos-lei nº 2.445 e 2.449, ambos de 1998, estes não produziram efeitos continuando vigente, assim, o art. 6º da Lei Complementar nº 7, de 1970, que estabelece o direito dos contribuintes de calcular a contribuição para o PIS sobre o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, com aplicação da alíquota de 0,75%, conforme disposição contida no parágrafo único do art. 1º, da Lei complementar nº 17, de 1973 e verificadas as diferenças em favor do impugnante requer o reconhecimento do direito de compensação do PIS com a Cofins, independente de requerimento, com base no art. 66, da Lei nº 8383, de 1991.

5.3. INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI 9.718, DE 1998. Diz que em obediência ao art. 146 da nossa constituição federal de 1998 a base de cálculo da Cofins não poderia ter sido majorada através de mera lei ordinária mas apenas por lei complementar. Alega, também, que a Lei nº 9.718, de 1998, alterou o conceito de faturamento definido no direito privado para fins de incidência da Cofins, afrontando o disposto no art. 110, do Código Tributário Nacional (CTN). Continua dizendo que a contribuição exigida pela Lei nº 9.718, de 1998 seria uma nova contribuição incidente sobre a receita da empresa, e como tal, sua instituição deveria ter sido feita mediante Lei Complementar, com base no disposto no parágrafo 4º, do art. 185 da Constituição Federal (CF).

5.4. PRAZO DECENAL PARA RECUPERAÇÃO DE INDÉBITOS. Não se conforma com a extinção do direito da repetição dos indébitos do Finsocial em 5 anos do pagamento, alegando que na verdade o prazo é de 10 anos, sendo 5 anos a partir da data do fato gerador mais 5 anos contados da homologação tácita, indicando jurisprudência e doutrina.

5.5. MULTA APLICADA. A multa aplicada de 75% tem caráter confiscatório ferindo os limites constitucionais estabelecidos no art. 150, IV por atingir o patrimônio privado.

5.6. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC. É impossível adotar a referida "taxa" de juros no cálculo do crédito tributário constituído pela autoridade administrativa, uma vez que, tendo em vista os preceitos constantes no CTN, art. 161, §1º e na CF, art. 5º, II e art. 151, I, não há lei instituindo a taxa Selic. Os instrumentos legais apenas tomaram índice remuneratório cuja criação e definição encontram-se em veículos infralegais.

5.7. PEDIDO DE PERÍCIA. Requer, por direito constitucional, realização de perícia com o fim de verificar qual a origem da glosa e comprovar a legitimidade das compensações efetuadas e da questão de quais valores que devem ser computados para a formação da base de cálculo da Cofins, para que possa usar todos os meios de prova para demonstrar o equívoco da autuação impugnada



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

6. Dando prosseguimento ao processo, este foi encaminhado para a DRJ em Ribeirão Preto para julgamento.”

Pelo Acórdão de fls. 354/369 – cuja ementa a seguir se transcreve – a 4.ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto – SP julgou procedente a ação fiscal:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/12/2000

Ementa: ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis.

PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

Legal a aplicação da taxa do Selic para fixação dos juros moratórios para recolhimento do crédito tributário em atraso.

PEDIDOS DE PERÍCIA E DE DILIGÊNCIA.

Devem ser indeferidos os pedidos de perícia e de diligência quando forem prescindíveis para o deslinde da questão.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/12/2000

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

PIS. BASE DE CÁLCULO.

A base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento do próprio período de apuração e não o do sexto mês a ele anterior.



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

COMPENSAÇÃO. ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS DISTINTAS.

Impossível a compensação entre espécies tributárias distintas e com destinação constitucional diferente, sem prévia solicitação à unidade da Receita Federal, nos termos da legislação vigente.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. REGÊNCIA POR LEI ORDINÁRIA.

As contribuições sociais, não sendo impostos, não se exige que seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes sejam estabelecidos por lei complementar.

ENCARGOS LEGAIS. APLICABILIDADE.

Cabível a multa de ofício e juros de mora aplicados conforme legislação de regência.

Lançamento Procedente”.

Inconformada, a interessada apresentou Recurso de fls. 322/376, onde reitera todos os argumentos expostos por ocasião de sua impugnação. Insurge-se, ainda, contra a falta de manifestação da autoridade administrativa sobre inconstitucionalidade de lei, contra o prazo decadencial para efetuar a compensação de tributos considerado na decisão de primeira instância e contra a não consideração da semestralidade na determinação do PIS.

A subida deste recurso à instância superior administrativa de julgamento está garantida mediante averbação de arrolamento de bens oferecidos, conforme artigo 4º da IN SRF nº 26/01.

É o relatório.



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

A questão central da presente lide cinge-se às glosas de compensações efetuadas pela recorrente com base em dois fundamentos:

1. ter efetuado recolhimentos a título de Contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, que tiveram sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário; e
2. ter efetuado pagamento a maior do PIS, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2. 449, de 1988.

Todavia, uma questão preliminar precisa ser enfrentada, qual seja, a discussão na esfera administrativa sobre inconstitucionalidade das normas tributárias, aí incluída a suposta ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, capacidade contributiva e não confisco.

A Contribuição em apreço foi exigida nos exatos termos da Lei Complementar nº 70/1991 e Lei nº 9.718/1998, as quais integram o ordenamento jurídico pátrio, tendo, portanto, vigência e eficácia plena enquanto não declaradas inconstitucionais pelo poder competente. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou os demais órgãos judicantes do Poder Judiciário, em controle difuso. Neste caso, para ter efeito *erga omnes*, necessita de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Excelsa Corte. Assim, o contencioso administrativo não é o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza.

Nesse sentido é a jurisprudência torrencial deste Colegiado e, também, da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Daí seria estéril qualquer discussão na esfera administrativa sobre esse tema.

Em relação à compensação procedida com valores pagos a maior a título de Finsocial, com parcelas da Cofins, nos meses de apuração de maio de 1998 a dezembro de 2000, com respaldo no art. 66 da Lei nº 8.383/1991, a fiscalização e o acórdão proferido pela DRJ/RPO desconsideraram os valores compensados por entender extinto o direito de a contribuinte pleitear a compensação dos referidos créditos, vez que haviam decorridos cinco anos entre o pagamento feito a maior e a compensação efetuada.

Como bem salientou a Conselheira Ana Neyle Olympo Holanda, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 116.462, o qual utilizo para fundamentar minha decisão, a controvérsia acerca do prazo para a compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, na qual se tenha por definido ser indevido o tributo, foi muito bem enfrentada pelo Conselheiro José Antônio Minatel, no Acórdão nº 108-05.791, cujo excerto transcrevo:



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

“Voltando, agora, para o tema acerca do prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos, à falta de disciplina em normas tributárias federais em escalão inferior, tenho como norte o comando inserto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que prevê expressamente:

“Art. 168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do art.165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, com caráter exemplificativo e didático, pelos incisos do referido art. 165 do CTN, nos seguintes termos:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art.162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

O direito de repetir independe dessa enumeração das diferentes situações que exteriorizam o indébito tributário, uma vez que é irrelevante que o pagamento a maior tenha ocorrido por erro de interpretação da legislação ou por erro na elaboração do documento, posto que **qualquer valor pago além do efetivamente devido será sempre indevido**, na linha do princípio consagrado em direito que determina que “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”, conforme previsão expressa contida no art. 964 do Código Civil.

Longe de tipificar *numerus clausus*, resta a função meramente didática para as hipóteses ali enumeradas, sendo certo que os incisos I e II do mencionado artigo 165 do CTN voltam-se mais para as constatações de erros consumados em **situação fática não litigiosa**, tanto que aferidos unilateralmente pela iniciativa do sujeito passivo, enquanto que o inciso III trata de indébito que vem à tona por deliberação de autoridade incumbida de dirimir **situação jurídica conflituosa**, daí referir-se a “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”.



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da “*data da extinção do crédito tributário*”, para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em **situação fática não litigiosa**, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de **solução jurídica conflituosa**, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir “da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória” (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia *erga omnes*, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.

Esse parece ser, a meu juízo, o único critério lógico que permite harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar (CTN). Nessa mesma linha também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 141.331-0, em que foi relator o Ministro Francisco Rezek, em julgado assim ementado:

“Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do empréstimo compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido” (*Apud OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO – in “Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário” – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999.*)”

O entendimento do eminente julgador, corroborado pelo pronunciamento do Pretório Excelso, no RE nº 141.331-0, por ele colacionado, muito bem se aplica à espécie dos autos, pelo que o acato e tomo como fundamento para me posicionar no sentido de não ter ocorrido a decadência do direito de efetuar a compensação do tributo em foco. Pois, no caso da Contribuição para o Finsocial, em que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal acerca da majoração de alíquotas deu-se em julgamento de Recurso Extraor-



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

dinário, o que limitaria os seus efeitos apenas às partes do processo, deve-se tomar como demarcador para a contagem do prazo decadencial a data da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.176-79, de 23/08/2001. Isto porque, através daquela norma legal, a Administração Pública determina a dispensa da constituição de créditos tributários, o ajuizamento da execução e o cancelamento do lançamento e da inscrição da parcela correspondente à contribuição para o Finsocial das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a 0,5%, com exceção dos fatos geradores ocorridos no exercício de 1988, onde prevalece a alíquota de 0,6%, por força do artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87.

A meu ver, com a edição da Medida Provisória referida, foi reconhecido ser indevido o pagamento da Contribuição para o Finsocial em alíquotas majoradas, com efeito *erga omnes*. Assim, cabível o direito de efetuar a compensação nos meses de maio de 1998 a agosto de 2000, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, desde que se verifique a procedência dos créditos da recorrente. No cálculo do indébito deve-se considerar os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97, chegando-se ao *quantum* da compensação pleiteada.

No tocante à compensação realizada pela recorrente por entender ter efetuado pagamento a maior do PIS, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, entendo não merecer acolhida os argumentos da reclamante.

De fato, tendo a reclamante efetuado pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes, nos termos da Lei nº 8.383, de 1991, desde que a compensação seja efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie, e não sejam apurados em procedimento de ofício, independentemente de requerimento, conforme disciplina o art. 14 da Instrução Normativa SRF nº 21, de 10 de março de 1997.

Em se tratando de tributos e contribuições de espécies diferentes, o art. 12 da mesma IN determina que os créditos serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a **requerimento do interessado**. O art. 13 dá competência às DRF e às IRF-A para efetuar a compensação.

Caberia, portanto, ao interessado requer administrativamente a compensação dos créditos provenientes de pagamentos a maior de PIS e Cofins, não tendo a mesma procedido desta forma, conforme informa a fiscalização à fl. 05. A reclamante não contesta nem apresenta prova da invalidade de tal afirmação.

Quanto ao questionamento de serem ou não as contribuições em comento da mesma espécie, essa discussão está pacificada inclusive no âmbito judicial. O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do julgamento do Agravo Regimental nº 339.792/PR, em que foi relator o Ministro Peçanha Martins, já se pronunciou nessa mesma linha:



Processo nº : 10865.000307/2001-83
Recurso nº : 121.032
Acórdão nº : 203-08.888

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PIS. COFINS. CSSL. IMPOSSIBILIDADE. Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que os créditos advindos do pagamento a maior da contribuição para o PIS só podem ser compensados com débitos do próprio PIS. Agravo regimental improvido.”

Quanto às deduções de receitas financeiras pleiteadas pela reclamante, é de se observar que a base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, assim entendido como o valor da receita bruta mensal da pessoa jurídica, entendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, ajustado pelas exclusões autorizadas pelo art. 3º da Lei nº 9.718, de 1999. Não estando as receitas financeiras dispostas nas exclusões autorizadas pela legislação, as mesmas fazem parte da base de cálculo da contribuição.

A respeito da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, não se pode olvidar ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular o percentual da multa de ofício a ser exigida do sujeito passivo, pois a própria lei já a especifica. No caso presente, a penalidade foi calculada no percentual de 75% do valor da contribuição não recolhida, por determinação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que alterou o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.218/1991.

Dessa feita, como a incidência da multa e o seu percentual decorrem de expressa disposição legal, não poderia a autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, fixar novo critério para formalização do crédito tributário inadimplido. Cumpre-se notar que a Fiscalização seguiu a legislação de regência à época em que foi constituído o crédito fiscal, não foi além nem aquém do fixado na lei.

Em relação aos argumentos da recorrente de que a multa de 75%, constante do auto de infração, seria confiscatória, não serão aqui debatidos por não ser o contencioso administrativo o foro próprio e adequado para discussão dessa natureza, vez que a discussão passaria, necessariamente, por um juízo de constitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, matéria esta de exclusiva competência do Poder Judiciário, conforme já salientado.

Com estas considerações, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para que seja considerado cabível o direito de efetuar a compensação, nos meses de maio de 1998 a agosto de 2000, em razão dos eventuais créditos decorrentes do Finsocial pagos a maior considerando a inconstitucionalidade da majoração de alíquota da contribuição de 0,5% para 2%. No cálculo do indébito deve-se considerar os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27/06/97, chegando-se ao *quantum* da compensação pleiteada.

Sala das Sessões, em 13 de maio de 2003


LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS