



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	D. 12 / 06 / 07
C	Rubrica

Recorrente : IECSA - GTA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA.

Ausência de demonstração da existência ou da veracidade daquilo que o contribuinte alega como fundamento do direito que defende ou contesta, capaz de modificar o lançamento. Ausência de fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo fiscal.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

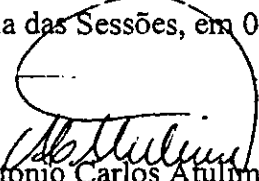
A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por IECSA - GTA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo as receitas que não sejam provenientes do faturamento da empresa. Vencida a Conselheira Nadja Rodrigues Romero que negou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2006.


Antonio Carlos Afulim
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	14 / 06 / 07
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. SIAPE 92136	

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Simone Dias Musa (Suplente), Antonio Zomer e Ivan Allegretti (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	14 / 06 / 07
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. Siapex 92136	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

Recorrente : IECSA – GTA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, nos períodos de apuração de 01/02/2000 a 31/08/2000, 01/12/2000 a 31/07/2001, 01/10/2001 a 31/03/2002, 01/05/2002 a 30/09/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003.

Em prosseguimento, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

“Em decorrência de ação fiscal de verificação do cumprimento das obrigações fiscais pela contribuinte qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 353/361, pelo qual se exige o recolhimento de R\$ 1.266.320,67 de Cofins e R\$ 1.424.610,64 de multa de lançamento de ofício de 112,5%, prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além dos acréscimos legais. (grifos do original)

A autuação, lavrada e cientificada em 18/02/2005 (fl. 359), ocorreu devido à falta de recolhimento da Cofins dos períodos de apuração de 01/02/2000 a 31/08/2000, 01/12/2000 a 31/07/2001, 01/10/2001 a 31/03/2002, 01/05/2002 a 30/09/2002 e de 01/01/2003 a 31/01/2003, conforme demonstrativos de apuração de fls. 353/355 e de multa e juros de mora de fls. 356/358, tendo como fundamento legal: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999, e suas reedições, com as alterações da Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999, e suas reedições; e arts. 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002.

Às fls. 362/365, Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, parte integrante do auto de infração, no qual o procedimento administrativo é detalhado.

Tempestivamente, em 22/03/2005, a interessada, por intermédio de representante constituído (procuração à fl. 228 e substabelecimento à fl. 370), apresentou a impugnação de fl. 369, instruída com os documentos de fls. 371/417, alegando ser improcedente o auto de infração pelas seguintes razões:

‘1. Nos anos de 2000, 2001 e 2002 – em diversos meses, a Planilha anexa ao Auto de Infração, na composição do valor a recolher de PIS, considerou como Receita, valores correspondentes a descontos obtidos, venda de imobilizado, receita de contrato de cessão, juros obtidos por empréstimos, renda por aplicação financeira e juros recebidos, quando o correto seria somente os valores correspondentes a receita de serviços realizados e material aplicados na realização destes serviços.

2. No ano de 2003 não houve nenhuma receita aferida a IECSA – GTA, o Balancete Analítico que consta na pasta como sendo de Janeiro de 2003, há um equívoco, o correto é Janeiro de 2002 é uma cópia idêntica ao documento de Janeiro de 2002.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	14 / 06 / 05
Ivana Cláudia Silva Castro	
M.F. N.º 92136	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

3. *Apresentamos planilhas explicativas, cópia das folhas dos Balancetes Analíticos comprovando os valores registrados. (...).*"

Por meio do Acórdão DRJ/CTA nº 8.428, de 11 de maio de 2005, os Membros da 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba - PR decidiram, por unanimidade, não acolher as razões de impugnação e considerar procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/08/2000, 01/12/2000 a 31/07/2001, 01/10/2001 a 31/03/2002, 01/05/2002 a 30/09/2002, 01/01/2003 a 31/01/2003

Ementa: BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. TOTALIDADE DAS RECEITAS. PREVISÃO LEGAL.

A contribuição incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, por expressa previsão legal.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2003

Ementa: OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES. REGISTROS CONTÁBEIS. SIMPLES NEGATIVA DE VERACIDADE. NÃO-ACOLHIMENTO.

Estando os fatos geradores da contribuição registrados na contabilidade da contribuinte, a simples negativa de veracidade das informações escrituradas não é hábil à modificação do lançamento.

Lançamento Procedente".

Às fls. 432/433 a contribuinte apresenta (sic) "impugnação à intimação nº 666/05", que dá ciência da decisão de primeira instância, uma vez inconformada com a manutenção do lançamento, repisando as alegações apresentadas anteriormente à fl. 369. A referida impugnação foi recebida como recurso voluntário, para seguimento do litígio administrativo.

À fl. 451, foi considerada atendida a condição para dar seguimento ao recurso voluntário, com o arrolamento efetuado para acompanhamento do patrimônio do sujeito passivo por meio do Processo nº 10980.003737/2005-64, de acordo com o disposto no art. 12 da IN SRF nº 264/2002.

É o relatório.

P

J



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

2ª CC-MF
Fl.

Brasília 14 / 06 / 01

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. SIAPE 92136

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, merecendo a sua admissibilidade.

Alega a recorrente, em síntese:

(i) quanto aos anos-calendários de 2000 a 2002, com a exceção "venda de imobilizado" reitera ser indevida a inclusão na base de cálculo dos valores correspondentes a descontos obtidos, receita de contrato de cessão, juros obtidos por empréstimos, renda por aplicação financeira e juros recebidos, quando o correto seria a inclusão somente dos valores correspondentes à receita de serviços realizados e material aplicado na realização destes serviços;

(ii) que os valores contabilizados de 01/01/2003 a 31/01/2003 são coincidentes com aqueles constantes do balancete analítico de 01/01/2002 a 31/01/2002 (fl. 285) e que, portanto, trata-se apenas de equívoco, tendo em vista que, onde está Balancete/2003, deveria constar Balancete/2002, demonstrando que em 2003 não houve nenhuma receita aferida à contribuinte.

Base de cálculo - Inaplicabilidade de Lei

Verifica-se que, para lavratura do auto de infração e determinação da base de cálculo da Cofins, a administração utilizou-se da documentação apresentada pela própria contribuinte.

Portanto, a discussão gira em torno da aplicabilidade ou não da Lei nº 9.718/98, relativamente à base de cálculo, uma vez que entende a contribuinte que, para sua determinação, não deveriam ser incluídas as receitas relativas a descontos obtidos, receita de contrato de cessão, juros obtidos por empréstimos, renda por aplicações financeiras e juros recebidos. Repisa os argumentos da impugnação para afirmar que a contribuição apenas poderia ser calculada sobre as receitas de serviços realizados e os materiais aplicados.

Com efeito, antes do advento da Lei nº 9.718/98, a Cofins, em razão das disposições da Lei Complementar nº 70/91, incidia sobre o faturamento, assim definido como a receita de venda de mercadorias, prestação de serviços ou venda de mercadorias e prestação de serviços.

Com o advento da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo da referida contribuição foi ampliada, e passou a incidir sobre qualquer receita (receita bruta), mesmo aquelas que não se enquadram no conceito de faturamento:

Lei nº 9.718/98:

"Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei

Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	14 / 06 / 05
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siare 92136	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

§ 1º. Entende-se por receita bruta 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."

Quanto à inclusão na base de cálculo de receitas financeiras e outras, estranhas à atividade da empresa, em razão da recente sentença proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entendendo serem pertinentes as alegações da recorrente. Tal entendimento encontra-se referenciado no encerramento do julgamento (RE 390.840/MG) proferido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, relativo ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, que transitou em julgado em 29/09/2006.

O RE 390.840/MG, apreciado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09/11/2005, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgado e decidido consoante a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."

A decisão teve a seguinte votação:

"Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005."

No voto condutor da mencionada sentença foi reproduzido o art. 2º da Lei nº 9.718/98, no qual está definida a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins como sendo o faturamento. Assim se manifesta o Ministro relator:

"Tivesse o legislador parado nessa disciplina, aludindo a faturamento sem dar-lhe, no campo da ficção jurídica, conotação discrepante da consagrada por doutrina e jurisprudência, ter-se-ia solução idêntica à concernente à Lei nº 9.715/98. Tomar-se-ia o faturamento tal como veio a ser explicitado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, ou seja, a envolver o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias, de

5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 14 / 06 / 07

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. SIAPE 92136

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

mercadorias e serviços e de serviços. Respeitado estaria o Diploma Maior ao estabelecer, no inciso I do artigo 195, o cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo empregador, considerado o faturamento. Em última análise, ter-se-ia a observância da ordem natural das coisas, do conceito do instituto que é o faturamento, caminhando-se para o atendimento da jurisprudência desta Corte."

Após digressão acerca da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, retoma o Ministro à Lei nº 9.718/98, completando:

"Então, após mencionar a jurisprudência da Corte sobre a valia dos institutos, dos vocábulos e expressões constantes dos textos constitucionais e legais e considerada a visão técnico-vernacular, volto à Lei nº 9.718/98, salientando, como retratado acima, constar do artigo 2º a referência a faturamento. No artigo 3º, deu-se enfoque todo próprio, definição singular ao instituto faturamento, olvidando-se a dualidade faturamento e receita bruta de qualquer natureza, pouco importando a origem, em si, não estar revelada pela venda de mercadorias, de serviços, ou de mercadorias e serviços."

E mais adiante, continua, após reproduzir o texto do art. 3º:

"Não fosse o § 1º que se seguiu, ter-se-ia a observância da jurisprudência desta Corte, no que ficara explicitado, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, a sinonímia dos vocábulos "faturamento" e "receita bruta". Todavia, o § 1º veio a definir esta última de forma toda própria."

Após transcrever o § 1º do art. 3º, arremata:

"O passo mostrou-se demasiadamente largo, olvidando-se, por completo, não só a Lei Fundamental como também a interpretação desta já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Fez-se incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si, e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil."

(...)

A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial."

Destarte, há de se observar que, consoante dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nos processos administrativos serão observados, entre outros os critérios de atuação conforme a lei e o direito, devendo a Administração Pública, segundo dispõe o *caput*, obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e principalmente o da eficiência.

Pelo princípio da celeridade, implícito no de eficiência, não compete ao julgador administrativo dar seqüência a exigência de crédito tributário que esteja arrimado em norma sabidamente afastada do mundo jurídico, com efeitos *ex tunc*, pela Corte constitucional. Seria de

6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

2ª CC-MF
Fl.

Brasília 14 / 06 / 01

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. SIAPE 92136

Processo nº : 10980.001359/2003-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

extremo *non sense* e mais que isso, ofensivo aos princípios acima citados da Lei nº 9.784/99, manter a exigência tributária, remetendo a contribuinte a duas vertentes possíveis: ou socorrer-se da proteção judicial, levando os cofres públicos a pagar por essa teimosia irracional de exigir tributo indevido, via ônus da sucumbência ou, extinguindo o crédito tributário exigido, submeter-se à *via crucis* do *solve et repete*.

Não bastasse a fundamentação acima, cabe lembrar o disposto no art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/1997, assim redigido:

"Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

O Decreto nº 4.176, de 28/03/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, ao regulamentar a Lei Complementar nº 95/1998, determina a forma técnica de redação consoante o art. 23, inciso III, alínea "c", sendo que, para a obtenção de ordem lógica, os parágrafos deverão expressar os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida, conforme se confere a seguir:

Da Redação:

"Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...)

III - para a obtenção de ordem lógica:

(...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida."

Analisando-se o art. 4º do Decreto nº 2.346/97, tem-se que o disposto no parágrafo único se constitui em uma exceção à regra estabelecida no *caput*, pelo simples motivo de o *caput* referir-se a órgãos diversos dos citados no parágrafo único, sem que exista qualquer liame de subordinação ou mesmo coordenação entre os citados órgãos para aplicação de seus termos.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	34 / 06 / 01
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. SIAPE 92136	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

Outrossim, julgo equivocada a interpretação adotada por alguns para o art. 4º, parágrafo único, deste mesmo decreto, no sentido de que a não aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, por órgão julgador, singular ou coletivo, da Administração Fazendária, só é possível quando houver a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta. O que o referido dispositivo estabelece é que, quando houver a declaração de inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão julgador deve afastar-lhe a aplicação. O dispositivo veicula um mandamento peremptório, de observância obrigatória e inafastável. Declarada a inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do dispositivo, fica vedada sua aplicação pelo órgão julgador.

O art. 4º e seu parágrafo único devem ser interpretados de forma sistemática e integrada ao art. 1º. As hipóteses tratadas nos citados dispositivos são diversas. Enquanto o art. 4º trata de hipótese de declaração de inconstitucionalidade em ação direta, o art. 1º refere-se a mera interpretação do texto constitucional, o que impede tratá-los como disposições inconciliáveis, conforme antiga lição de Carlos Maximiliano:

"Verifique se os dois trechos se referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque cada um tem sua esfera de atuação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente."

Disso resulta que, segundo as disposições do Decreto n. 2.346/97, declarada, em ação direta, a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, fica vedado ao órgão julgador aplicá-lo (art. 4º, p. único), o que não significa, de modo algum, que quando a declaração de inconstitucionalidade não se der em ação direta, a orientação da Corte Suprema não deva ser observada. Nestas situações é que se aplica o art. 1º, devendo o órgão julgador observar em seus julgados a orientação fixada pela jurisprudência da Corte Suprema."

Portanto, o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, ao prever a tributação de receitas que não se enquadram no conceito de faturamento pelo PIS e pela Cofins, contrariou o art. 195, I, da CF/88, que somente autorizava a tributação de receitas que se enquadrassem no conceito de faturamento, isto é, somente aquelas decorrentes da venda de mercadorias ou da prestação de serviços.

Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa contida nos autos, cujo comando legal que determinava a tributação de tais parcelas foi declarado inconstitucional.

Quanto à parcela do crédito tributário porventura remanescente, deve ser exigida acrescida dos consectários legais, de vez que os mesmos encontram-se expressamente estabelecidos em lei. A multa relativa ao lançamento de ofício no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 e os juros de mora com base na taxa Selic no art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, c/c o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Da prova no Processo Administrativo

Repisando os termos da impugnação, alega a recorrente, no recurso voluntário (fls. 433/434), que:

"como consta à fl. 5 – item 14, da referida intimação, 'Há que se ressaltar que os valores contabilizados em questão, de 01/02/2003(sic) a 31/01/2003, são coincidentes aos que constam, à fl. 285, no balancete analítico de 01/01/2002 a 31/01/2002, bem como, por consequência, a apuração fiscal da base de cálculo acaba por refletir valores idênticos (fls.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	14 / 06 / 03
Ivana Cláudia Silva Castro Mat. SIAPE 92136	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

349 e 351)'. Como percebe-se no ano de 2003 não houve nenhuma receita aferida a IECSA - GTA, o Balancete Analítico que consta na pasta como sendo de Janeiro de 2003, há um equívoco, o correto é Janeiro de 2002 é uma cópia idêntica ao documento de Janeiro de 2002, como já foi detectado pela Receita Federal. Quanto a apresentar documentos, seria desnecessário, pois tal documentação encontram-se (sic) no processo. Cabe esclarecer que a IECSA-GTA Telecomunicações Ltda., perdeu os contratos com a Brasil Telecom em 10.05.2002, paralisando todos os serviços."

Na decisão recorrida, assim se manifesta o Ilmo. Julgador sobre esse tema:

"Como comprovação do que foi alegado, diz apresentar planilhas explicativas e cópia das folhas dos balancetes analíticos comprovando os valores registrados.

Dentre esses documentos, naquilo que é pertinente ao período de janeiro de 2003, é apresentada, à fl. 415., cópia de balancete analítico de 01/01/2003 a 31/01/2003, que já se encontrava no processo, à fl. 316, e que fora emitido em 07/10/2003, com a diferença de que naquela que acompanha a impugnação é feita uma indicação manuscrita de que o período seria relativo ao ano de 2002.

Nesse contexto, a impugnante não traz elemento adicional algum ao processo, limitando-se à sua afirmação de que não teria auferido receitas em janeiro de 2003 e que os registros existentes referir-se-iam a janeiro de 2002.

Há que se ressaltar que os valores contabilizados em questão, de 01/01/2003 a 31/01/2003, são coincidentes aos que constam, à fl. 285, no balancete analítico de 01/01/2002 a 31/01/2002, bem como, por consequência, a apuração fiscal da base de cálculo acaba por refletir valores idênticos (fls. 349 e 351).

(...)

A questão a ser decidida, portanto, é relativa à convicção que se forma a partir dos elementos existentes, isso porque a autuação fiscal foi efetuada com base nos documentos fornecidos, considerando os valores contabilizados 'como expressão da verdade a respeito das operações jurídicas realizadas, sob ineira responsabilidade do contribuinte', sendo que esse, por sua vez, ainda que intimado, não informou as bases de cálculo que estariam sujeitas à contribuição e nem motivou o não-atendimento à intimação.

Mesmo que se atribua relevância ao fato de os registros de janeiro de 2003 serem coincidentes com o de janeiro de 2002, nada há no processo que infirme a ocorrência dos fatos geradores apontados pela fiscalização, nem em janeiro de 2002 e nem em janeiro de 2003. A existência de contribuição devida, inclusive, é corroborada pelo relato do preposto da autuada, de que a empresa não mais estaria em atividade operacional desde março de 2003.

Note-se que, nesse caso, a eventual falta de veracidade dos registros contábeis existentes e comprovadamente efetuados (fl. 316/318) compete àquele que aproveita essa tese, não se tratando de procedimento que deva ou devesse ser produzido por iniciativa da autoridade administrativa.

Nesse sentido, da parte da impugnante apenas consta a negativa de que os fatos geradores teriam ocorrido, o que, por si, não é suficiente para que se desconsidere a contabilização efetuada." (negritos do original)

Prova, por definição, é a "demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta". ("apud" De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico). Em suma, como ensina MOACYR AMARAL DOS



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 14 / 06 / 07

Ivana Cláudia Silva Castro
Mat. Siapc 92136

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.001359/2005-84
Recurso nº : 131.558
Acórdão nº : 202-17.600

SANTOS, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol.2. Ed. Saraiva, SP, 1977, p. 288
“prova é a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário”. Aliás, em qualquer ramo do Direito, como regra, e no processo Administrativo Fiscal, prevalece a máxima contida no brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Como bem definiu o Mestre Paulo de Barros Carvalho em RDDT 34:109, “supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exibir a concretude de sua existência, mediante prova direta, conferindo-lhe segurança e certeza.”

A palavra ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga – a quem cabe o ônus da prova?, quer se saber a quem cabe a necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal tem-se como regra: aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita.

Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Por outro lado, se a recorrente alegou que houve erro, deveria ter apresentado alguma prova.

Note-se que, no caso presente, a autuação teve como fundamento os documentos apresentados pela própria contribuinte. Instada a comprovar o alegado erro, a recorrente se limitou a apresentar, à fl. 414, o mesmo balancete já apresentado anteriormente (fl. 317), com suposta correção, à mão, indicando o ano de 2002, além de planilhas (fls. 447/448) que confeccionou, indicando que não houve movimento no ano-calendário de 2003.

Portanto, a obrigação de provar será tanto do agente fiscal, conforme o disposto na parte final do *caput* do art. 9º do PAF, como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao art. 16 do PAF.

Inexiste nos autos qualquer documento que ateste a veracidade do alegado pela recorrente. Concluo, no sentido de julgar, nesta parte, improcedente o recurso voluntário.

Conclusão:

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, de forma a excluir valores de Cofins cuja base de cálculo tenha sido determinada nos termos da Lei nº 9.718/98, art. 3º, *caput* e § 1º, na forma do já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Sala de Sessões, em 06 de dezembro de 2006.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ