



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Recurso nº : 140.646
Matéria : COFINS - Ex(s): 2000 a 2003
Recorrente : MOINHO TAQUARIENSE LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 12 de setembro de 2005
Acórdão nº : 103-22.092

COFINS - EXIGÊNCIA AUTÔNOMA - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Compete ao Segundo Conselho de Contribuintes o julgamento de recurso voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), quando sua exigência não esteja lastreada, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração a dispositivos legais do Imposto sobre a Renda, nos termos do art. 8º, inciso III, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes anexo à Portaria MF nº 55, de 1998, e alterações posteriores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MOINHO TAQUARIENSE LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DECLINAR DA COMPETÊNCIA para julgamento de Recurso Voluntário, versando sobre contribuição COFINS, a favor do Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


MAURÍCIO PRADO DE ALMEIDA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 OUT 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, FLÁVIO FRANCO CORRÊA e VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72

Acórdão nº : 103-22.092

Recurso nº : 140.646

Recorrente : MOINHO TAQUARIENSE LTDA.

RELATÓRIO

A EXIGÊNCIA FISCAL

Em procedimento fiscal contra a empresa MOINHO TAQUARIENSE LTDA., com sede em Taquari – RS, foi lavrado, em 04/07/2003, o auto de infração de fls. 186/195, no valor total de R\$ 6.284.244,33, sendo R\$ 2.927.636,32 de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, R\$ 2.195.727,10 de multa de ofício (75%), e R\$ 1.160.880,91 de juros de mora, calculados até 30/06/2003.

O lançamento de ofício foi efetuado, conforme descrição dos fatos do Auto de Infração, fls. 186/187, “para exigir as parcelas não pagas e não declaradas espontaneamente em DCTF”, de Contribuições COFINS relativas aos períodos de apuração de janeiro de 1999 a dezembro de 2002.

A IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a referida exigência, a autuada apresentou, tempestivamente, a Impugnação e documentos de fls. 205/278. Referindo-se à Impugnação, dispõe o Relatório do julgado de primeira instância, fls. 288:

“3. Inconformado, o contribuinte apresenta impugnação, de fls.205 a 240. Nesta, começa a contestação argumentando que ingressou com uma ação judicial com pedido reconhecimento de créditos de IPI para serem compensados com a COFINS, que teve o pedido deferido em sede de Agravo de Instrumento (1999.04.01.076593-8) de decisão de Mandado de Segurança (1999.71.08.004469-4), tendo o respectivo reflexo na esfera administrativa através do processo administrativo nº 11065.001066/00-52, que solicita a compensação de débitos da COFINS com supostos créditos de IPI no período de 31/01/1994 a 30/04/2000. Da mesma forma, encaminhou pedidos de compensação por meio eletrônico (DCOMP) de débitos de COFINS, do período de 31/05/2000 a 31/12/2002, com os supostos créditos de IPI.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

4. Outrossim, o indeferimento do processo administrativo de compensação nº 11065.001066/00-52 pela DRF de origem foi objeto de recurso, não sendo cabível novamente indeferimento, pois iria contrariar a decisão judicial favorável ao contribuinte.
5. Por isso, solicita que sejam consideradas as compensações pleiteadas para fins de cancelar o lançamento fiscal.
6. Caso não seja aceita sua defesa supra, alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da inclusão da receita financeira e do ICMS na base de cálculo da contribuição, infringindo o art. 3º, alínea "b", da Lei Complementar 07/1970 e ao art. 195, inciso I, da Constituição.
7. Igualmente, alega a inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo da contribuição devido a modificação do conceito de faturamento ocorrido com a edição da Lei 9.718/1998, contrariando o art. 195, inciso I, da Constituição, antes da Emenda Constitucional nº 20, de dezembro de 1998.
8. Além disso, argumenta que a multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) tem caráter confiscatório, afrontando o art. 150, inciso IV, da Constituição.
9. Por fim, não se pode exigir juros de mora fundamentados na taxa SELIC, criada pelo art. 13 da lei 9.065/1995, por ser ilegal e inconstitucional, devendo ser exigido à taxa de 1% a.m., nos moldes do art. 161 do Código Tributário Nacional.
10. Foi juntado aos autos cópia do Acórdão DRJ/POA Nº 3.483, de 23 de março de 2004, que julgou o processo administrativo nº 11065.001066/00-52, às fls. 280 a 284."

O JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Com a impugnação tempestiva, instaurou-se o litígio, o qual foi julgado em primeira instância pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre/RS, que prolatou o Acórdão DRJ/POA nº 3.517, de 31/03/2004, fls. 286/293, cuja ementa dispõe:

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

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002

Ementa: COMPENSAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – O contribuinte não pode se valer de valores solicitados em pedidos de compensação que não foram aceitos administrativamente ou solicitados sem espontaneidade e com falta de liquidez e certeza.

AÇÃO JUDICIAL - ANTES OU DEPOIS DA AUTUAÇÃO - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - A existência de questionamento judicial, independente de ser antes ou depois da autuação fiscal, acarreta a renúncia da esfera administrativa, com a respectiva definitividade da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

exigência, segundo o Ato Declaratório COSIT (Normativo) nº 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996.

INCONSTITUCIONALIDADE - INAPRECIACÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - A arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente.”

As considerações que fundamentaram as conclusões do aludido Acórdão são as seguintes:

“11. A impugnação é tempestiva e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecida e apreciada.

12. O contribuinte foi tributado de ofício porque somente fez a declaração da contribuição devida em DCTF após ter sido intimado pela Fiscalização, acarretando a perda da espontaneidade (art.7º, I e §1º, do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972), ou seja, a DCTF somente teve caráter informativo, perdendo os demais efeitos inerentes ao instrumento fiscal/legal. Tais valores foram confrontados com os livros fiscais e sistemas de controle administrativo para fins de confirmação e validação.

13. Porém, o contribuinte alega que sobre o período de 31/01/1994 a 30/04/2000 estaria incidindo o pedido de compensação nº 11065.001066/00-52, enquanto que o período de 31/05/2000 a 31/12/2002 estaria abrangido por declaração eletrônica de compensação (DCOMP). Ambos os pedidos estariam lastreados pela ação judicial com pedido reconhecimento de créditos de IPI para serem compensados com a COFINS, que teve o pedido deferido em sede de Agravo de Instrumento (1999.04.01.076593-8) de decisão do Mandado de Segurança (1999.71.08.004469-4).

14. O processo administrativo nº 11065.001066/00-52 foi indeferido pela DRF de origem através do Parecer DRF/NH nº 04/018/2001, às fls.37 a 40, tendo sido mantido o indeferimento por esta DRJ, conforme Acórdão 3.483, de 23 de março de 2004, às fls. 280 a 284.

15. Logo, não foi autorizada administrativamente a compensação pleiteada pelo contribuinte quanto ao período de 31/01/1994 a 30/04/2000, não podendo ser utilizada contra o lançamento fiscal contido no Auto de Infração.

16. Por sua vez, os pedidos de compensação contidos declaração eletrônicas de compensação (DCOMP), de fls.265 a 268, foram todos protocolados em 06/08/2003, após a lavratura do Auto de Infração (07/07/2003), não gozando de espontaneidade (art. 7º, I e §1º, do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972) para serem opostos à contribuição contida no lançamento fiscal referente ao período de 31/05/2000 a 31/12/2002.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

17. Se fosse o caso, o suposto crédito tributário deveria ser compensado com o tributo, multa e juros de mora, visto que a solicitação foi sem espontaneidade. Todavia, mesmo nesta situação, fica impraticável a realização da compensação, pois o contribuinte não traz aos autos nenhum demonstrativo de como obteve o crédito tributário, nem os documentos que devem fundamentá-lo, contrariando o art.170 do Código Tributário Nacional, que exige liquidez e certeza dos créditos favoráveis ao contribuinte.

18. Devemos ainda relatar, para fim de observação, que foi acrescentado ao art.170, pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, o art. 170-A, prescrevendo que a compensação somente pode ser deferida quando houver o trânsito em julgado da ação judicial.

19. Portanto, as compensações solicitadas pelo contribuinte não podem ser opostas ao lançamento fiscal.

20. No mesmo sentido, as alegações de inconstitucionalidade e de ilegalidade da inclusão da receita financeira e do ICMS na base de cálculo da contribuição e do aumento da base de cálculo da contribuição devido a modificação do conceito de faturamento ocorrido com a edição da Lei 9.718/1998, não podem ser apreciadas na esfera administrativa, visto que tal apreciação é uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, nos termos do art.102 da Constituição.

21. Entretanto, constatamos que o contribuinte impetrou as ações judiciais nº 1999.71.08.004470-0, na 1ª Vara da Justiça Federal em Novo Hamburgo- RS, cujo objeto é a inconstitucionalidade e ilegalidade da base de cálculo de PIS e da COFINS alterada pelo parágrafo 1º do art.3º da Lei 9.718/1998, bem como a majoração da alíquota da COFINS pela mesma Lei, e nº 2001.71.08.0029999-1, da 1ª Vara da Justiça Federal em Novo Hamburgo – RS, cujo objeto é o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS. O processo nº 1999.71.08.004470-0 não teve liminar e foi julgado improcedente no 1º e 2º grau da Justiça Federal, estando aguardando o julgamento de recurso especial e extraordinário, enquanto que o processo nº 2001.71.08.0029999-1 teve julgamento improcedente no 1º grau da Justiça Federal e aguarda julgamento da apelação. As informações relatadas foram prestadas pelo próprio contribuinte, às fls.14 a 16.

22. Diante destes fatos, constatamos a identidade entre as impugnações e as ações judiciais impetrada pelo contribuinte, que tem o mesmo objeto.

23. Nos termos do § 2º do art. 1º do D.L. 1.737/1979 e pelo art. 38, § único da Lei nº 6.830/1980, a propositura de ação judicial importa em desistência da esfera administrativa, razão pela qual, não é mais possível o julgamento dessas questões no âmbito administrativo.

24. Essa posição, aliás, é pacífica na esfera administrativa, podendo ser evocado o seguinte julgado do Conselho de Contribuintes:

“AÇÃO JUDICIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - A sua proposição afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa, sobre a matéria objeto da pretensão judicial.” (Ac. 101-74.218, de 12/04/83, 1ª Câmara do 1º CC)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

25. Nesse mesmo sentido, já se manifestou a Procuradoria da Fazenda Nacional, através do Ofício nº 846- SDF, de 06/11/1970, do então Procurador-Chefe da PFN-RJ, com o seguinte teor:

"Solicito ao digno Delegado especial atenção para as conseqüências resultantes da opção do contribuinte pela via judicial, a fim de dirimir dúvida ou assegurar direito, seja em ação ordinária, declaratória, ou de outro rito - seja em mandado de segurança.

A distribuição do feito judicial, qualquer que seja a modalidade, importa para o contribuinte, na renúncia do direito de recorrer ou em perda do objeto do recurso já interposto na esfera administrativa, excetuados apenas os procedimentos judiciais em que vise assegurar os direitos processuais nas instâncias administrativas (v.g.: discussão de prazo, de competência e análogos).

A existência, porém, dessa opção pela via judicial não impede à Fazenda concluir os processos fiscais iniciados, indo até a inscrição e cobrança judicial da dívida.

(...)

Nenhum credor, por dívida, pública ou privada, está impedido de cobrá-la pelo fato do devedor pretender, em Juízo, a anulação do título. Muito menos a Fazenda Pública."

26. Cumpre registrar, ainda, que não se deve fazer distinção, para os efeitos da norma contida no art. 38 § único da Lei nº 6.830/1980, se a ação foi proposta antes ou depois da autuação, assunto aliás que já foi objeto de análise pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão teve a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exeqüendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido. " (Recurso Especial nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91).

27. Esclarecendo ainda mais a questão, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação editou o Ato Declaratório COSIT (Normativo) nº 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996, a respeito do tratamento a ser dispensado ao processo fiscal que esteja tramitando na fase administrativa quando o contribuinte houver optado também pela via judicial.

28. Em síntese, o referido ato estabelece que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - **por qualquer modalidade processual** -, antes ou posteriormente à autuação, **com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.** Desta forma, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

eventual petição do contribuinte, proferindo **decisão formal**, declaratória da definitividade da exigência discutida, **encaminhando o processo para a cobrança do débito** e posterior inscrição em dívida ativa, se for o caso, ressalvadas as hipóteses dos incisos II (depósito do montante integral), IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança) e V (concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial), do art. 151 do CTN.

29. Por isso, a constituição do crédito tributário na via administrativa é procedente, devendo-se proceder na forma do Ato Declaratório COSIT nº 3/1996.

30. Outrossim, o contribuinte foi lançado com multa de ofício e juros de mora devido ao fato de que no momento do lançamento não havia nenhum dos fatos suspensivo da exigibilidade do tributo que estão contidos nos incisos II, IV e V do art. 151 do Código Tributário Nacional, conforme se verifica do histórico processual contido às fls. 14 a 16, bem como o contribuinte se enquadra na hipótese do §3º do art. 35 da IN 210, de 30 de setembro de 2002.

31. Por sua vez, como a alegação contra a multa de ofício, que está em pleno vigor, se refere a normas constitucionais e legais, somos obrigados a informar que não se discute ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei na esfera administrativa, pois é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, como já informamos anteriormente.

32. Aliás, entendimento esse reiteradamente manifestado em inúmeros acórdãos do Conselho de Contribuintes, conforme se observa pela transcrição abaixo:

"INCONSTITUCIONALIDADE. A arguição de inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa por transbordar os limites de sua competência a apreciação e julgamento de tal arguição. Recurso Negado. (Proc. 10950-001064/91-53; Rec. 88060; Ac. 202-04967; DOU de 05/11/92, p. 15481).

33. Em relação aos juros de mora, não há nenhuma contradição, no âmbito de competência da legislação complementar ou ordinária, entre a exigência de juros de mora superiores a 1% a.m. ou 12% a.a. e o art. 161 do CTN, visto que no seu §1º tem a permissão para utilizar taxa de juros diferente deste percentual, conforme se verifica na transcrição abaixo:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§1.º **Se a lei não dispuser de modo diverso**, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês."(Destaque nosso)

34. Porém, a inconformidade do contribuinte em relação aos juros porque a capitalização destes está em confronto com a Constituição não pode ser apreciada na esfera administrativa, visto que a alegação de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, segundo o Parecer Normativo CST 329/1970, é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, nos termos do artigo 102 da CF/1988, como já foi informado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

35. Para fins de informação, transcrevemos a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, na qual se declara que a taxa de juros de 12% a.a., contida no art.192, § 3º, da Constituição, precisa de regulamentação através de lei complementar para ter eficácia – até hoje não instituída, conforme se verifica abaixo:

“ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. PRECEDENTES DA CORTE.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, entendeu, por expressiva maioria, que a norma inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição federal não é de eficácia plena e está condicionada à edição de lei complementar que regulará o sistema financeiro nacional e, com ele, a disciplina dos juros.

(R.E. 194.0444-1, D.J.U. de 01/07/96).”

Por unanimidade de votos, decidiu a 2ª Turma de julgamento da DRJ em Porto Alegre “DESCONHECER DA IMPUGNAÇÃO onde há identidade entre o lançamento fiscal e as ações judiciais, e JULGAR PROCEDENTE o lançamento.” E, determinou o encaminhamento dos autos à Delegacia da Receita Federal de origem do processo, para cientificar o contribuinte do julgado de primeira instância e, devido à renúncia da esfera administrativa, informar a definitividade do lançamento onde há identidade deste e as ações judiciais, nos termos do Ato Declaratório COSIT nº 3/1996, devendo se adequar ao decidido pelo Poder Judiciário.

O RECURSO VOLUNTÁRIO

A contribuinte foi regularmente cientificada do julgamento de primeira instância, em 23/04/2004, conforme Aviso de Recebimento – “A.R.” de fls. 294. Insatisfeita com o referido julgado, que manteve toda a exigência, interpôs, em 24/05/2004, com fundamento no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, recurso voluntário a este Colegiado, conforme petição e documentos de fls. 295/328. Conforme documentos e informações da autoridade fiscal autuante de fls. 200/204, foi formalizado o arrolamento de bens – processo nº 11065.002957/2003-11, nos termos da IN SRF 264, de 2002. A Delegacia da Receita Federal da jurisdição da autuada, Novo Hamburgo – RS, após as providências de juntada aos autos do recurso voluntário e documentos anexos ao mesmo, encaminhou o presente processo a este Primeiro Conselho de Contribuintes, para julgamento, fls. 307.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

A autuada, no Recurso Voluntário, reproduz parte das alegações apresentadas na Impugnação, as quais encontram-se resumidas no Relatório do julgamento de primeira instância, fls. 288, e acrescenta, em síntese:

a) da obrigatoriedade da administração em reconhecer vício de inconstitucionalidade e a inexistência de renúncia à esfera administrativa

Referindo-se ao entendimento do julgado de primeira instância, de que “a arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário”, aduz que a doutrina tem repudiado veementemente este entendimento e incisivos são os ensinamentos dos mais destacados juristas – Cita Osvaldo Aranha Bandeira, Ronaldo Poletti, Marshall, Miguel Reale e José Frederico Marques.

Da mesma forma, a autoridade julgadora não conheceu da impugnação na parte em que, segundo ela, houve identidade entre o lançamento fiscal e as ações judiciais ajuizadas pelo contribuinte antes mesmo da autuação fiscal.

Com o advento da Constituição de 1988, tais subterfúgios utilizados indiscriminadamente pelos órgãos da administração tributária não mais podem receber guarida, forte nos princípios por ela consagrados, onde o dever de acatamento constitucional é de todos os poderes do Estado. Cita o art. 5º, inciso LV, da Constituição. Dentro desse contexto, considerando-se que a faculdade de cobrar tributos está rigidamente posta na Constituição, justo afirmar-se que tem o contribuinte o direito de interpretar a norma legal, confrontá-la com os princípios básicos elencados no Sistema Tributário Constitucional e caso entender pela ilegalidade de determinada exigência, deve deixar de praticar o ato tido como ilegal, não cabendo, portanto, à autoridade administrativa com base na rigidez da lei, deixar de apreciar ou furtar-se à análise desses questionamentos tomando posição dispare e alheia ao ordenamento Constitucional, desprezando o princípio da ampla defesa inerente a toda a matéria posta a julgamento. Nesse sentido, cita lição de Edvaldo Brito. Com relação à aplicação do Ato Declaratório COSIT nº 3, de 1996, alega que inexistente a suposta identidade entre as ações judiciais ajuizadas pela recorrente e a impugnação. As ações judiciais ajuizadas pela recorrente discutem a inconstitucionalidade e a ilegalidade da base de cálculo da Cofins e do PIS e a majoração da alíquota da Cofins, conforme alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, além do direito líquido e certo à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. No caso em tela, a recorrente está discutindo o lançamento tributário realizado pela autoridade administrativa, portanto, a matéria aqui em debate é mais ampla, envolvendo o questionamento do lançamento tributário efetuado, incluindo além das matérias acima referidas, a discussão a respeito do direito à compensação, multa e juros aplicados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

Considerando-se que o procedimento administrativo tributário é o único meio hábil para a formação do título executivo do crédito tributário, torna-se imprescindível a discussão administrativa acerca do lançamento tributário efetuado, sob pena de infringência ao princípio do devido processo legal em matéria administrativa, a ampla defesa, e ao controle da legalidade dos atos administrativos de competência da Administração Pública. Nesse sentido, cita conceito de Djalma Bittar.

A decisão administrativa proferida em 1ª instância deve ser anulada, haja vista que absteve de analisar as matérias constitucionais apresentadas pela recorrente, bem como não conheceu das questões que se encontram sob questionamento na esfera judicial, ferindo assim o princípio do devido processo legal em matéria administrativa, a ampla defesa, e o controle da legalidade dos atos administrativos de competência da administração pública.

b) do direito subjetivo à compensação

Com referência ao pedido de compensação deduzido no processo administrativo nº 11065.001066/00-52, alega que enquanto não for julgado o recurso voluntário a ser interposto pela requerente junto ao Conselho de Contribuintes, não há o que se falar em decisão definitiva na esfera administrativa, estando os créditos tributários da Cofins objeto de pedido de extinção através do instituto da compensação com a exigibilidade suspensa, por força do que dispõe o inciso III do art. 151 do CTN. Somente após a prolatação da decisão definitiva no referido processo é que poderia o agente fiscal exigir os créditos tributários da Cofins objeto de pedido de compensação. Assim, em cumprimento ao disposto no inciso III do art. 151 do CTN, impõe-se o imediato cancelamento do auto de infração relativamente a Cofins do período de 31/01/1994 a 30/04/2000, objeto do referido pedido de compensação.

Quanto à extinção da Cofins do período de 31/05/2000 a 31/12/2002 mediante a declaração eletrônica de compensação (DCOMP), o argumento da autoridade administrativa julgadora de que a recorrente não apresentou qualquer demonstrativo ou documento que possa fundamentar o pedido, não é suficiente para afastar a pretensão do contribuinte à compensação, eis que é sabido e consabido que, nesses casos, cabe à Administração Pública intimar o contribuinte para que apresente os documentos que entender necessários para comprovar o crédito. A regra processual do ônus da prova decorre do interesse da parte na afirmação do fato e na prova de sua existência. Merece destaque, por outro lado, a iniciativa e a participação da autoridade julgadora na instrução probatória. A faculdade de atuação do julgador administrativo é muito ampla. Quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinados pelo julgador, mediante requerimento das partes ou, *ex officio* em qualquer fase do processo, quando julgar necessário para a formação de seu convencimento. A autoridade julgadora deverá explorar todas as fontes de prova que permitam demonstrar a verdade processual, pois decidir sem estar convicto da certeza dos fatos caracteriza verdadeiro



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

cerceamento de defesa. A Constituição Federal de 1988, reconhece o processo administrativo tributário, ao lado do processo judicial, como uma das garantias fundamentais do cidadão, exigindo, em sua estruturação, a presença vinculante dos princípios processuais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Entendendo a autoridade julgadora pela necessidade da apresentação de documentos que comprovassem o crédito tributário da recorrente, cabia a mesma efetuar diligências no sentido de apurar junto à recorrente esses documentos, principalmente, considerando-se que pela atual sistemática, implementada pela Secretaria da Receita Federal, o pedido de compensação é realizado através de pedido eletrônico, não tendo o contribuinte oportunidade de juntar qualquer documento.

Quanto à decisão administrativa de 1ª instância de que é vedada a compensação mediante aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, na forma como dispõe o art. 170 – A, do CTN, alega que a decisão judicial proferida no agravo de instrumento nº 1999.04.01.076593-8 que autorizou o creditamento de valores de IPI nas entradas de bens destinados ao ativo permanente, além de matérias-primas adquiridas sob o regime de isenção, não incidência ou alíquota zero, já transitou em julgado, estando em plena vigência, devendo ser acatada pela administração pública. Em momento algum o art. 170-A do CTN restringe o aproveitamento de créditos fiscais antes do trânsito em julgado, limitando-se a proibir o aproveitamento tão somente de tributos em discussão judicial.

Com o advento da Lei nº 7.799/99, a administração pública está obrigada a reconhecer o direito da empresa recorrente ao aproveitamento dos créditos de IPI decorrentes da entrada de produtos isentos ou tributados à alíquota zero, tendo o direito, inclusive, de utilizar o saldo credor de IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, que não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, para compensar com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Tanto é assim, que a Instrução Normativa SRF nº 33/99, regulando a matéria, expressamente autorizou o direito ao aproveitamento do saldo credor de IPI, nos termos do art. 11 da Lei nº 7.799/99, com relação a todos os insumos recebidos no estabelecimento industrial a partir de 1º de janeiro de 1999. Portanto, ainda que a autoridade julgadora não reconhecesse a aplicabilidade imediata da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a mesma está obrigada, no mínimo, a reconhecer o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de IPI, na forma como disposto no art. 11 da Lei nº 7.799/99 e no art. 4º da IN SRF nº 33/99, a partir de 1º de janeiro de 1999.

c) dos juros aplicados

O entendimento do julgado de 1ª instância de que o parágrafo 1º do art. 161 do CTN permite a utilização de taxa de juros diferente do percentual de 1% ao mês, não pode prosperar posto que o parágrafo 1º do referido



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

art. 161 do CTN permite que “lei” disponha de modo diverso. Ocorre que a teor do art. 146, III, “b”, da CF/88, somente lei complementar é formalmente hábil a disciplinar o crédito tributário. Utilizando-se da interpretação sistemática tem-se que a expressão “se a lei não dispuser de modo diverso” contida no §1º do art. 161 do CTN refere-se a lei complementar, como exige o art. 146, III, letra “b” da CF/88. Em sendo a legislação embasadora dos juros aplicados lei ordinária, não tem ela o condão de alterar o limite de 1% ao mês previsto no CTN.

A decisão administrativa deve ser reformada, já que inobservou o ente administrativo autuante o princípio constitucional da legalidade, violando não só o conteúdo dos arts. 37, 59 e 146, III, “b” da Carta Constitucional de 1988, assim como o § 1º do art. 161 do CTN.

E, no final, requer a nulidade da decisão administrativa de 1º grau, ou, alternativamente, a reforma da decisão recorrida, cancelando-se a exigência fiscal.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72
Acórdão nº : 103-22.092

V O T O

Conselheiro MAURÍCIO PRADO DE ALMEIDA, Relator.

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Houve arrolamento de bens à vista do que constam dos autos, fls. 200/204. Conheço, portanto, do recurso.

Consoante delineado no relatório, o lançamento de ofício de que trata o presente processo, fls. 02/05, foi efetuado para exigir as parcelas não pagas e não declaradas espontaneamente em DCTF, de Contribuições COFINS correspondentes aos períodos de apuração de janeiro de 1999 a dezembro de 2002.

Não se trata, portanto, de matéria cuja exigência se enquadra nas disposições do artigo 7º, inciso I, letra d, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes anexo à Portaria MF nº 55, de 1998, e alterações posteriores, *verbis*:

“Art. 7º Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, observada a seguinte distribuição:

I – às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras:

...;

d) os relativos à exigência da contribuição social sobre o faturamento instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e das contribuições sociais para o PIS, PASEP e FINSOCIAL, instituídas pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, e pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, respectivamente, quando essas exigências estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração à legislação pertinente à tributação de pessoa jurídica;

...”

A exigência de que trata o presente processo **não** está lastreada, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11065.002834/2003-72

Acórdão nº : 103-22.092

dispositivos legais do Imposto sobre a Renda. Destarte, entendo que o julgamento desta matéria compete ao Segundo Conselho de Contribuintes, nos termos do artigo 8º, inciso III, do referido Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, que dispõe:

“Art. 8º Compete ao Segundo Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisões de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente a:

...;

III – Contribuições para o Programa de Integração Social e de Formação do Servidor Público (PIS/Pasep) e para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), quando suas exigências não estejam lastreadas, no todo ou em parte, em fatos cuja apuração serviu para determinar a prática de infração a dispositivos legais do Imposto sobre a Renda;

...”

Ante todo o exposto, oriento o meu voto no sentido de declinar a competência para julgamento do presente recurso a favor do Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, nos termos do aludido Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Sala das Sessões - DF, 12 de setembro de 2005

MAURÍCIO PRADO DE ALMEIDA