



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157



Recorrente : FOCKINK INDÚSTRIAS ELÉTRICAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa maria-RS

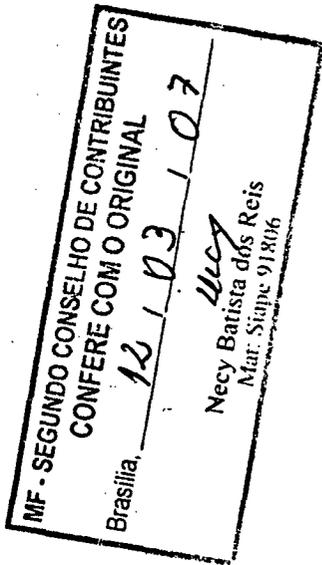
NORMAS PROCESSUAIS.

NULIDADE DE AÇÃO FISCAL. Ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235-72 não se cogita de nulidade da ação fiscal. Levantamento efetuado com base em informação prestada pela própria empresa, de seu inteiro conhecimento, não pode ser inquinado de nulo somente porque a empresa não recebeu dele cópia durante a ação fiscal.

DECADÊNCIA. A revisão de valores integrantes de auto de infração lavrado, em decorrência de diligência determinada pela autoridade julgadora, somente consubstancia novo lançamento quando redunde em agravamento da exigência anterior. Resultando apenas em reduções dos valores originais não se configura novo lançamento, não havendo o que falar acerca de decadência.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇAS. Constatadas diferenças de recolhimento da contribuição, é obrigatório o lançamento do crédito tributário com a multa prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 e os juros de mora previstos no art. 61 da mesma Lei.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FOCKINK INDÚSTRIAS ELÉTRICAS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan, Mauro Wasilewski (Suplente) e Flávio de Sá Munhoz, que davam provimento parcial ao recurso para excluir as receitas decorrentes do alargamento da base de cálculo da Cofins.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2007.

Henrique Pinheiro Torres

Presidente

Julio César Alves Ramos

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Ana Maria Ribeiro Barbosa.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12, 03, 07 Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : FOCKINK INDÚSTRIAS ELÉTRICAS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração por falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, lavrado no ano de 2003, e que engloba todos os períodos de apuração da contribuição compreendidos entre os meses de fevereiro de 1999 e abril de 2003. Os valores constituídos de ofício correspondem a diferenças que a fiscalização entende ainda remanescerem entre o valor da contribuição devida com base nos valores registrados em sua escrita contábil, e o somatório de todos os pagamentos e compensações admitidos na legislação de regência, consoante demonstrado nas planilha de fls. 464 e 465.

Dita planilha decorreu da realização de diligência no estabelecimento da empresa determinada por esta Câmara ao examinar, na sessão de maio 2005, recurso voluntário da empresa contra a decisão da DRJ Santa Maria-RS que julgara totalmente procedente o lançamento efetuado em 2003.

Naquele recurso pontuou a empresa:

DAS PRELIMINARES

- o exame do auto de infração atesta a total impropriedade do mesmo, eis que sua lavratura se deu em nítida afronta a várias disposições legais e regulamentares, carecendo a dita ação da devida justificação legal que a oriente e a motive, porquanto:
 - não científica a autuada de todos os fatos, documentos e demais elementos que justifiquem e supostamente comprovem as suas conclusões, ignorando o disposto no art.9º do Decreto nº. 70.235/72;
 - ao afirmar tão somente que os débitos apontados se referem apenas a diferenças por alterações encontradas nas bases de cálculo e ao afirmar que a exclusão das receitas decorrentes das vendas realizadas a empresas situadas na Zona Franca de Manaus é improcedente sem apontar qualquer justificativa legal, desatende requisito essencial exigido no art. 10, inciso III, do Decreto nº. 70.235/72;
 - ao lançar débito relativo à competência abril de 2003, contraria o disposto nos arts. 149 e 150 do CTN;
 - nítida é a nulidade que está a viciar o presente auto de infração, não se podendo conciliar com o procedimento, posto que o lançamento não lhe permite conhecer de fatos de extrema relevância e imprescindíveis ao deslinde da *quaestio*, restando ela claramente prejudicada na apresentação de elementos de fato e de direito tendentes a demonstrar e sustentar a legitimidade de seus procedimentos e, assim, conseqüentemente, no exercício ao seu ditetio a mais ampla defesa. Refere às justificações apresentadas pela Fiscalização;
 - a descrição dos fatos motivadores do lançamento e a indicação da disposição legal infringida está longe da realidade e dos fundamentos que albergaram a manutenção do crédito tributário a título de Cofins, circunstância que, por si só, contamina a atividade lançadora, tornando-a imprópria e ineficaz, vez que contraria as normas regentes de um procedimento administrativo fiscal válido;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 12 / 03 / 07	
Necy Batista dos Reis Mat. Siape 91806	

2º CC-MF
Fl.

- entende estar claramente configurado, no caso em exame, o cerceamento do direito de defesa – o documento formalizador da exigência omitiu a completa descrição dos fatos que o motivaram, seja porque deixou a autoridade autuante de cientificar a empresa autuada de todos os documentos, demonstrativos e elementos que guarnecem a exigência – motivo pelo qual não pode prosseguir validamente o procedimento, impondo-se, por respeito à lei, a decretação da integral nulidade do presente auto de infração (CF/88, art. 5º., incisos II, LVI e LV);

- deve ser reputado ilegítimo o lançamento do débito pertinente à competência abril/2003, eis que não se mostra lididamente possível a realização de lançamento de ofício de obrigações tributárias sujeitas ao lançamento por homologação quando ainda não transcorrido o prazo legal para que o contribuinte cumpra as obrigações – principal e acessória – a ele legalmente atribuídas. Registra que nenhuma das hipóteses previstas no art. 149 do CTN se verificou no mundo dos fatos;

- as práticas levadas a efeito pela Fiscalização não observaram a legislação pertinente, sendo imperiosa a desconstituição do lançamento também na hipótese da competência abril de 2003, vez que tal procedimento não possui nenhum respaldo na legislação, sendo igualmente afrontador aos ditames inscritos no art. 142 do CTN;

DO MÉRITO

DAS DIFERENÇAS DE BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO

- embora desconhecendo as reais motivações do lançamento, de vez que a fiscalização apenas se refere a diferenças de base de cálculo, não havendo clara identificação de que diferenças seriam essas, demonstra os procedimentos que adotou para apurar os valores devidos a título de COFINS;

- a partir da edição da Lei 9.718, a empresa, que se sujeitava ao recolhimento de COFINS sobre o faturamento – esse a receita bruta das vendas de mercadorias, mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza - ora se vê onerada pela exação, ainda sobre o seu faturamento, porém agora conceituado como a totalidade das receitas auferidas pela empresa;

- a orientação inscrita naqueles dispositivos permite ao intérprete excluir da base de cálculo da COFINS todo e qualquer ingresso de recursos que não se subsuma ao conceito de receita, ou seja, quantias que, embora ingressem no caixa da empresa, não possuam o potencial de gerar aumento patrimonial;

- assim é que a legislação é bem clara ao afirmar que é tributável a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, somente podendo sofrer a oneração aquele ingresso no caixa da empresa que, na sua essência, possa ser considerado como receita, sendo irrelevantes, bem destacou o legislador, o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada;

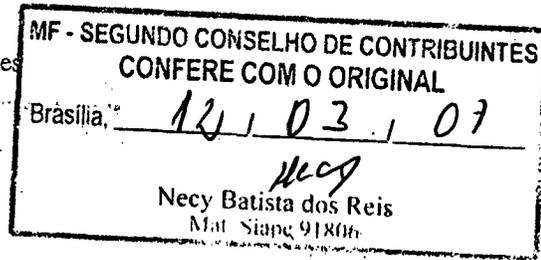
- embora não saiba com inteira certeza que verbas estão incluídas na base de cálculo edificada pela fiscalização, certo é que, além do faturamento, outras quantias que recebeu a título de recuperação de despesas, inclusive tributárias (que representam mera recuperação de custo), as indenizações recebidas, as variações monetárias de direitos de crédito ou obrigações enquanto não liquidado o respectivo contrato etc, não podem ser oneradas pela exação, visto que essas verbas sequer podem ser consideradas receitas, quanto mais faturamento;

3



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157



2ª CC-MF
Fl.

• a inteligência dos dispositivos já apontados, também citados pela fiscalização, leva o intérprete à conclusão de que a COFINS terá como base de cálculo a receita da empresa proveniente da venda de mercadorias, de serviços de qualquer natureza ou da combinação de ambos ou ainda por aluguéis e outras importâncias potencialmente aptas a agregar valor ao patrimônio da empresa;

• traça arrazoado acerca do conceito de receita, entendendo-a como uma efetiva alteração no patrimônio da empresa que a auferir, compreendendo, necessariamente, um acréscimo no ativo ou decréscimo no passivo, sendo, sempre, entrada de um *quantum* no montante ativo da pessoa jurídica, e que se origina de determinada operação mercantil ou investimento, mas que implique efetivamente um acréscimo ao patrimônio da empresa ou decréscimo no seu passivo. Aponta entendimento doutrinário;

• discorre acerca de variações monetárias, entendendo que tais elementos, dada sua incerteza de efetiva realização futura, não reúnem as mínimas condições necessárias ou suficientes de ocorrência (receita ou despesa) da base de cálculo fixada pela Lei, seja ela receita ou faturamento;

• refere à Medida Provisória 1.858, de 1999, dizendo que a partir de 01/01/2000 as variações monetárias passaram a ser consideradas, para efeito da tributação pela contribuição quando da efetiva liquidação da correspondente operação, ou seja, no momento dos pagamentos e na proporção destes;

• quanto à alegação no sentido de que a exclusão da base de cálculo da contribuição de receitas decorrentes das vendas realizadas a empresas situadas na Zona Franca de Manaus, a partir da competência outubro de 2002, seria improcedente, há que se mostrar perplexidade, eis que a isenção é claramente prevista na legislação, não encontrando a afirmativa fiscal nenhum apoio na legislação de regência da exação. Aponta o art. 14 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001;

• as operações de venda qualificadas como exportação de mercadorias para o exterior são isentas do PIS e da COFINS, não havendo como negar que as vendas que levou a efeito a empresas situadas na Zona Franca de Manaus estão abrangidas pela isenção, vez que o Decreto-lei nº 288, de 1967, é expresso em determinar que as exportações de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o exterior, serão para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalentes a exportações para o exterior;

• o STF, ao examinar o ADIn nº 2.348-9, em sessão plenária, deliberou, por unanimidade, conceder a liminar então pleiteada para, quanto ao inciso I do § 2º do artigo 14 da Medida Provisória 2.037-24, de 23 de dezembro de 2000, suspender a eficácia da expressão "Zona Franca de Manaus";

DA ILEGITIMIDADE DA MENSURAÇÃO DOS VALORES EVENTUALMENTE DEVIDOS

• por respeito ao princípio da eventualidade, insurge-se contra a cobrança de juros selic sobre os débitos apontados, de vez que essa taxa tem a natureza remuneratória enquanto a autorização legal se restringe à exigência de juros moratórios;

4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12 / 03 / 07
NCR
Necy Batista dos Reis
Mat. Siape 91806

2º CC-MF
Fl.

• a legislação tributária que prevê a incidência da taxa Selic sobre obrigações tributárias inadimplidas ou pagas extemporaneamente está nitidamente contrária ao que estabelece o CTN, não podendo prosperar, uma vez que promove uma remuneração – e não uma compensação, como estabelece o CTN – ao Tesouro Nacional, pelo atraso verificado pelos contribuintes em adimplirem suas obrigações fiscais;

Tais argumentos haviam sido apresentados na impugnação mas não foram acolhidos pelos julgadores de primeira instância.

Relatando aquele recurso, propus a realização de diligência para que se pudesse identificar com clareza a origem dos valores que compunham a base de cálculo da contribuição que estava sendo exigida da empresa, uma vez que não havia nos autos cópia dos livros contábeis nem planilha que indicasse as contas contábeis que haviam sido somadas para a composição daquela base. Solicitei ainda que se juntassem cópias das DCTF entregues e mencionadas na autuação bem como se indicassem as causas das diferenças encontradas.

Cumprida a diligência, foram juntados ao processo, além da já mencionada planilha de fls. 464 e 465, cópias das DCTF e dos balancetes mensais do período da autuação. Quanto ao esclarecimento das causas das diferenças objeto do lançamento, limitaram-se os diligenciantes a apontar no Termo de Constatação Fiscal de fls. 467, verbis:

Verificamos que as diferenças encontradas originaram-se de estornos nas contas de receitas (lançamentos a débito nessas contas), não consideradas nas planilhas de bases de cálculo anteriormente elaborada pela contribuinte, diferenças que foram confirmadas pela fiscalização na presente diligência, frente aos balancetes contábeis apresentados pela empresa e juntados aos autos.

Para identificar as diferenças apontadas, elaboramos nova planilha demonstrativa de débitos fls. 464 a 465, considerando os ajustes acima apontados nas bases de cálculo, ficando demonstrado (coluna-16) os valores dos débitos após os ajustes nas bases de cálculo que deverão permanecer no auto de infração, sendo que na coluna-17, estão relacionados as diferenças entre os valores lançados no auto de infração e os valores apurados após os referidos ajustes.

Considerando a nova Planilha Demonstrativa de débitos da COFINS, fls. 464 a 465 (coluna-16), valores que deverão permanecer no auto de infração após os ajustes anteriormente citados, fica o contribuinte ciente do presente “Termo de Constatação Fiscal” (fls. 466 a 468), e da “Planilha Demonstrativa de Débitos Remanescentes da COFINS” (fls. 464 a 466), resultantes dos ajustes efetuados nas bases de cálculo, devendo, se assim o desejar, no prazo de trinta (30) dias da data do recebimento deste, apresentar impugnação, e se assim o fizer esta deve ser fundamentada e claramente identificadas as eventuais divergências.

Regularmente cientificada dos resultados da diligência, oferece a empresa nova e igualmente longa contestação em que repete os argumentos contra os procedimentos adotados pela fiscalização, carecedores, em seu entender, do respeito a diversos diplomas legais e regulamentares, o que ensejou o cerceamento do seu direito de defesa e a conseqüente nulidade do lançamento. Destaca que se repetiram neste “novo lançamento” os mesmos vícios já apontados no recurso ao “lançamento anterior”. Propugna ainda que se materializou a decadência dos períodos de apuração anteriores a dezembro de 2000, uma vez que o “novo” lançamento somente lhe foi cientificado em dezembro de 2005.

5



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>12</u> / <u>03</u> / <u>07</u>
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siapc. 91806

2º CC-MF Fl. _____

No mérito, reitera que a única indicação claramente dada pela fiscalização para as diferenças apontadas diz respeito apenas ao período posterior a outubro de 2002 (inclusive) e que consistiria na indevida exclusão das receitas de vendas de produtos a empresas sediadas na Zona Franca de Manaus, contra a qual, porém, não aponta qual o dispositivo legal que teria sido contrariado. Insurge-se, ainda, contra a imposição de juros selic sobre os débitos por sua manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 14 / 03 / 03 Necy Batista dos Reis Mat. S/ape 91806

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

O recurso é tempestivo, por isso dele tomo conhecimento.

Como apontado no relatório, o recurso apresentado caracteriza-se pela prolixidade, mas pode ser enfrentado em seus diversos pontos de defesa, que não são muitos, embora exaustivamente repetidos.

Antes disso, porém, cabe um esclarecimento acerca do procedimento de fiscalização levado a efeito, para o que peço vênha para transcrever parte do meu voto anterior:

O ponto fulcral da discussão no presente processo corresponde à adequada apuração do quantum exigido do contribuinte. Com efeito, na descrição dos fatos inserta no Termo de Constatação Fiscal de fls. 89 a 91 afirma-se que "...no presente auto de infração estão lançados os débitos apurados por recolhimento a menor pela contribuinte quando do pagamento da Contribuição, recolhimento efetuado a menor por não considerar de forma correta as receitas que integram a base de cálculo da COFINS". Neste mesmo termo é informado que foi a própria contribuinte quem informou os valores das bases de cálculo mensais, apuradas em conformidade com as receitas constantes de sua escrituração contábil e fiscal e de acordo com a legislação vigente em cada período de apuração. Essas bases de cálculo estão retratadas nos Demonstrativos de fls. 23 a 25, 27 e 30, as quais seriam transferidas para a coluna 1 da Planilha Demonstrativa do Débito Apurado e das Compensações Realizadas - Planilhas 1 e 2 - constantes às fls. 40 a 42. Não há no auto de infração cópia dos livros contábeis ou fiscais de onde foram extraídas as receitas indicadas nos demonstrativos. Observa-se ainda que as bases de cálculo constantes da planilha 2, fls. 42, referentes aos meses de set/02, mar/03 e abr/03, diferem das que são mencionadas nas Planilhas de Apuração de Base de Cálculo de fls. 27 e 39.

Adicionalmente, a planilha chave para a compreensão da autuação - Planilha Demonstrativa do Débito Apurado e das Compensações Realizadas - Planilhas 1 e 2 engloba outros valores além dos que constituem o objeto do presente auto. Com efeito, os auditores autuantes avançaram o exame da compatibilidade dos valores declarados e devidos, adentrando a compensações informadas nas DCTF. Por isso, ali é feita comparação com os saldos a pagar constantes na DCTF, não havendo informação quanto ao montante devido informado nessas DCTF, cujas cópias igualmente não constam do processo.

Ora, se a autuação se refere, como afirmado na Descrição dos Fatos, a diferenças de bases de cálculo, toda a informação adicional nele constante é supérflua, mas o que é imprescindível é a demonstração da base de cálculo apurada pela fiscalização e aquela correspondente ao valor devido informado pela empresa em suas DCTF. O que a planilha chave demonstra, entretanto, é outra coisa: diferenças de recolhimento, que tanto podem provir de uma inadequada apuração da base de cálculo por parte do contribuinte, quanto de muitas outras razões.

Aumenta o interesse na questão o fato de a autuada alegar em sua defesa que considera indevida a inclusão na base de cálculo de valores que entende não serem receitas. Ora, se os demonstrativos de fls. 23 a 25, 27 e 30 foram por ela elaborados, fica a dúvida: estão ali presentes tais valores? Se não estão, como a fiscalização alega que os conferiu

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 11070.001590/2003-31
Recurso n^o : 128.386
Acórdão n^o : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 03, 07
Necy B
Necy Batista dos Reis
Mat. Siape 91806

2^o CC-MF
Fl.

e achou-os conforme a escrituração? Se estão conformes, como pode o auto decorrer de diferenças de bases de cálculo?

É fato que a fiscalização informa às fls. 60 que consubstanciam o presente auto os valores que aparecem na coluna 12 da multimencionada planilha de fls. 40 a 42. É igualmente certo, também, que tal coluna não demonstra diferenças de base de cálculo.

Reproduzi-o para enfatizar que o motivo determinante para converter o julgamento em diligência foi a imprecisão quanto às bases de cálculo indicadas nas planilhas originais do lançamento. Não entendia, àquela época, e continuo pensando do mesmo modo, que tivesse havido qualquer supressão de elementos ao contribuinte necessários à sua defesa.

Com efeito, lá como aqui, partiu-se de uma base de cálculo informada pela própria empresa em resposta a intimação da fiscalização. Logo, todos os elementos que a compuseram eram de seu inteiro conhecimento (embora não dos pobres julgadores que viriam a examinar o processo depois...)

O que havia de errado era a não inclusão, nos autos, das contas contábeis que provavam os valores inseridos na planilha demonstrativa das bases de cálculo, nem das DCTF mencionadas na coluna 6 da mesma planilha.

É certo que, em meu entender, todo o imbróglgio decorreu de a fiscalização ter ido além do que devia, isto é, ter adentrado a revisão da própria DCTF para considerar pagamentos efetuados e compensações ali informadas. Não precisava: no âmbito das verificações obrigatórias bastaria confrontar a base de cálculo extraída diretamente dos lançamentos contábeis da empresa com a que corresponde aos valores informados na DCTF como **tributo devido**. Essa diferença, todavia, não aparece **diretamente** em nenhuma das colunas da planilha de fls. 40 a 42.

A ampliação da profundidade do trabalho, visando incluir a exigência, via auto de infração, das diferenças resultantes de compensações indevidas informadas em DCTF, contudo, não chega a invalidar o trabalho fiscal. Se é certo que o exame da compatibilidade dos valores incluídos na declaração é matéria de revisão interna, nada há, entretanto, na legislação que a impossibilite.

O exame das cópias de balancetes agora juntadas, por sua vez, sanam a dúvida a respeito da possibilidade de inclusão nas bases de cálculo informadas pela empresa de algum valor que não se subsuma ao comando da Lei n^o 9.718/98. Embora o recurso se estenda sobre a suposta inclusão de valores que não seriam receita, não há comprovação disso nos autos. Pelo contrário, vê-se que as bases de cálculo incluem apenas os valores que a própria empresa reconhece em sua contabilidade como sendo receitas.

O que há e será adiante examinado é que a empresa não aceita que algum(ns) dos valores ali consignados deva sê-lo, o que leva ao exame da constitucionalidade da alteração levada a efeito pela Lei n^o 9.718/98 no conceito de faturamento para exigência da contribuição.

Feitas essas considerações iniciais, cabe examinar, ponto por ponto, as alegações da empresa não já atendidas pelo que se mencionou acima:

NULIDADE DA AUTUAÇÃO PELA NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À SUA DEFESA NO MOMENTO DA CIÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO ORIGINAL E DO ENCERRAMENTO DA DILIGÊNCIA DETERMINADA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 18, 03, 07 Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

2ª CC-MF
Fl.

Como ficou implícito nas considerações acima, não vejo qualquer nulidade no procedimento por este aspecto. É que todas as informações necessárias ao deslinde da questão eram do perfeito conhecimento da empresa, já que foi ela quem elaborou a planilha motivadora do lançamento (fls. 27 em diante) e novamente na diligência, atendendo a intimação específica. Os dados foram (ou deveriam ter sido) extraídos de sua contabilidade e, mais importante, teve ela acesso a todo o processo para esclarecer eventuais dúvidas suscitadas.

Como se comprovará em seguida, a fiscalização não glosou nenhum dos valores informados pela empresa. Ao contrário, adotou sempre as bases de cálculo informadas por ela, até mesmo com relação a contas que poderiam, sim, ser questionadas, a exemplo das vendas equiparadas a exportação.

É cediço que durante a ação fiscal não se instaura fase litigiosa, de modo que a fiscalização não tem obrigação de questionar a empresa acerca de diferenças que entenda passíveis de lançamento. Firmada sua convicção, expressa-a por meio do auto de infração, abrindo-se aí, e somente aí, a possibilidade de contestação pela empresa.

No momento da ciência da peça acusatória, deve entregar à empresa cópia das peças que possibilitem a sua plena defesa. Se parte do conteúdo do auto foi produzido pela própria empresa, não vemos obrigação alguma de que nova cópia lhe seja disponibilizada. A rigor apenas poder-se-ia cogitar de cerceamento a sua defesa se não lhe fosse dado acesso, em nenhuma hipótese, a algum levantamento elaborado pela fiscalização e ao qual a empresa não tivesse tido acesso anterior. Mesmo no caso em que esta falta tivesse ocorrido no momento da ciência, e desde que a peça estivesse no processo, tal omissão ainda poderia ser sanada na Repartição, requerendo-se cópia do inteiro teor do processo e solicitando-se dilação do prazo para impugnação se necessária.

No presente caso, a empresa não logrou demonstrar quais seriam os "inúmeros documentos, demonstrativos e anexos" que não lhe teriam sido entregues. Nota-se, ademais que está consignado à fl. 91 do processo (ciência do contribuinte ao Termo de Constatação Fiscal): "O presente Termo de Constatação Fiscal faz parte integrante do auto de infração lavrado nesta data, bem como os documentos nesse referidos, e uma de suas vias (sic) são entregues ao representante da empresa, juntamente com cópias das planilhas de cálculo nesse mencionadas".

Segue-se a assinatura do representante da empresa. Admitir que faltara algum "demonstrativo ou anexo" importaria acusar aquele representante de assinar sem ler o que estava recebendo, o que afronta o bom senso.

O mesmo há de ser dito acerca da não explicitação das causas das diferenças. Como se demonstrará em seqüência, somente a empresa poderia saber, visto que simplesmente declarava menos do que ela própria reconhecia como sendo a base de cálculo correta da contribuição.

DECADÊNCIA DOS PERÍODOS DE APURAÇÃO ANTERIORES A DEZEMBRO DE 2000

Descabida qualquer alegação neste sentido, porque não se consubstanciou novo lançamento em 2005. Houve tão-somente a adequação dos valores originalmente lançados.

Em especial deve ser observado que a exigência original em nada restou agravada; muito pelo contrário, houve pequenas reduções em alguns meses.

9



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 12, 03, 07 Necy Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

2º CC-MF
Fl.

IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAR, EM JULHO DE 2003, DÉBITO REFERENTE A ABRIL DO MESMO ANO, POR NÃO TER VENCIDO AINDA O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA DCTF REFERENTE ÀQUELE TRIMESTRE

A possibilidade do lançamento de ofício nasce com o vencimento do tributo sem o recolhimento espontâneo pelo contribuinte, o que caracteriza a infração definida no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Assim, a faculdade conferida ao contribuinte de recolher valores constantes em DCTF após o vencimento do prazo apenas com a multa de mora não se sobrepõe à obrigação da autoridade fiscal de promover o lançamento sempre que, em ação fiscal, constatar a falta de recolhimento do tributo. Não deveria mais ser preciso repetir que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, a teor do art. 142 do CTN.

Entender de outro modo seria o mesmo que obstar a atividade de fiscalização, que somente poderia se iniciar após esgotado o prazo para a entrega da DCTF. Que a SRF adote um tal procedimento não está obstado por qualquer norma legal, mas o que não se pode é pretender que ela a isto esteja obrigada. Assim, se o MPF determinava ao AFRF a verificação inclusive de período cuja DCTF ainda podia ser entregue, nada mais pode ele fazer do que exigir de ofício quaisquer diferenças encontradas.

INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA DA COFINS SOBRE VARIAÇÕES MONETÁRIAS ATIVAS ANTES DO EFETIVO RECEBIMENTO DO DIREITO OU PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO.

Vale dizer que isto corresponde a pleitear a adoção do regime de caixa na apuração destas variações. Isto foi expressamente admitido pelo art. 30 da MP nº 2.158-35, mas apenas a partir de 1º de janeiro de 2000. Veja-se o dispositivo:

Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.

§ 1º À opção da pessoa jurídica, as variações monetárias poderão ser consideradas na determinação da base de cálculo de todos os tributos e contribuições referidos no caput deste artigo, segundo o regime de competência.

§ 2º A opção prevista no § 1º aplicar-se-á a todo o ano-calendário.

§ 3º No caso de alteração do critério de reconhecimento das variações monetárias, em anos-calendário subsequentes, para efeito de determinação da base de cálculo dos tributos e das contribuições, serão observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal.

Portanto, a autorização continha seus limites. Primeiro, que fosse adotada para todos os tributos federais a ela relacionados, inclusive para efeito do lucro da exploração. Segundo, que fosse uniforme para todo o ano-calendário. Terceiro, que somente se aplicava a partir de 1º de janeiro de 2000.

No presente caso, observa-se que a própria empresa informou quais as variações monetárias entendia aplicáveis à base de cálculo (planilha de fls. 277 a 290). Tais valores foram

10



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 14, 03, 07 Necy Batista dos Reis Mat. Siape 91806

2ª CC-MF
Fl.

integralmente aceitos pela fiscalização, de modo que somente a própria empresa poderia, em seu recurso, apontar que cometera algum equívoco na elaboração da citada planilha informando a maior alguma variação monetária. A fiscalização lhe concedeu esta oportunidade até mesmo ainda no curso da diligência (embora a isto não estivesse obrigada). Parece que a empresa preferiu silenciar. Assim, não vemos como, com os elementos carreados aos autos, se possa infirmar qualquer valor nele constante a este título.

ISENÇÃO DA COFINS DE RECEITAS PROVENIENTES DA VENDA DE BENS A EMPRESAS SITUADAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS.

Este item mereceu uma análise mais cuidadosa porque de fato a fiscalização deu a entender que havia tributado valores a este título. Porém, da leitura atenta da planilha elaborada pela empresa (fls. 277 a 290) confrontada com aquela adotada pela fiscalização para o lançamento (agora às fls. 464 e 465) resulta cristalino que isto não ocorreu. Com efeito, embora não haja nos autos qualquer resposta apresentada pela empresa ao item 3 do Termo de Intimação Fiscal dado pela fiscalização no início da diligência para que ela indicasse as contas que, em seu entender, haviam sido incorretamente incluídas no levantamento fiscal, pode-se depreender que este item específico - vendas à Zona Franca de Manaus - só pode se referir às contas identificadas como Venda de Produtos equip. Exportação-M e Venda de Produtos equip. Exportação-F, cujos códigos contábeis, respectivamente, são 381 e 400. Ora, em nenhum mês há qualquer valor destas contas que tenha sido incluído na base de cálculo adotada pela fiscalização, nem mesmo após outubro de 2002, como disse a recorrente. Vale aqui ainda repetir mais uma vez: a fiscalização não glosou qualquer valor informado pela empresa em sua planilha; ao contrário, a base de cálculo que ela adota na planilha de fls. 464 e 465 é, sempre e em todos os meses, a que foi apontada pela própria empresa.

IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE JUROS À TAXA SELIC POR ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE A INSTITUIU.

Com respeito à não incidência da taxa Selic como juros de mora, argumento acrescido, entendo, "por dever de ofício", já não há mais porque alongar-se. É que tal exigência encontra fundamento de validade em norma legal regulamente editada e em vigor, expressamente mencionada na autuação, e falece competência aos julgadores administrativos para negar-lhe eficácia por considerações quanto a sua constitucionalidade. Nada muda se tal consideração vier disfarçada sob o eufemismo de ilegalidade ou de mera inaplicação ao caso concreto.

No âmbito do Conselho de Contribuintes, e já desde o ano de 2002, trata-se de norma regimental: art. 22A introduzido no Regimento Interno dos Conselhos pela Portaria Ministerial MF nº 103. O que se busca no julgamento administrativo é verificar a subsunção do lançamento tributário ao ordenamento positivo no momento de sua confecção. A "ilegitimidade" do ato exator há de ser buscada no Poder competente, que é o Judiciário. Ou seja, ainda que este julgador administrativo a considerasse inconstitucional ou nela visse algum conflito com a norma do CTN, não poderia afastar a sua aplicação até que o Judiciário assim se pronunciasse. Não obstante, e mesmo que apenas *en passant*, deixo registrada a minha convicção de que não há, de fato, qualquer incompatibilidade ou inconstitucionalidade.

Com efeito, a norma do CTN expressamente abre brecha à fixação de outro percentual, desde que a sua fixação se dê por lei. Não há no nosso ordenamento exigência de que



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 18, 03, 07 Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

2º CC-MF Fl. _____

o seu cálculo seja feito por lei nem muito menos que a taxa seja constante. Pelo mesmo motivo, não vejo qualquer delegação de competência. A lei deve dizer qual é a taxa aplicada. Disse-o.

Quanto à suposta caracterização de limite máximo dos juros, atribuída ao art. 161 do CTN, não passa de interpretação de alguns doutrinadores, não encontrando respaldo expresso em qualquer norma legal. Como já se disse, o CTN fala apenas que a lei pode fixar outra taxa; outra pode ser qualquer uma, tanto maior como menor.

Sobre a “incompatibilidade por conflito hierárquico”, peço vênias ao Dr. Henrique Pinheiro Torres para transcrever considerações suas em voto que versava sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 por conflito com o CTN e que se aplica aqui perfeitamente:

Primeiramente, é preciso ter presente, no confronto entre leis complementares e leis ordinárias, qual a matéria a que se está examinando. Lei complementar é aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quórum qualificado pela maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional.

Não raros são argumentos de que as leis complementares desfrutam de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do artigo 59, CF/88, situando-se logo após as Emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o artigo 69 da Carta Magna. Nada mais falso, pois não existe hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária, o que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas, como ensina Michel Temer¹:

‘Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior.

(...)

Não há hierarquia alguma entre lei complementar e lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.’

Em resumo, não é o fato de a lei complementar estar sujeita a um rito legislativo mais rígido que lhe dará a precedência sobre uma lei ordinária, mas sim a matéria nela contida, constitucionalmente reservada àquele ente legislativo.

Em segundo lugar, convém não perder de vista a seguinte disposição constitucional: o legislador complementar apenas está autorizado a laborar em termos de normas gerais. Nesse mister, e somente enquanto estiver tratando de normas gerais, o produto legislado terá a hierarquia de lei complementar. Nada impede, e os exemplos são inúmeros neste sentido, que o legislador complementar, por economia legislativa, saia desta moldura e desça ao detalhe,

¹ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 1993, p. 140 e 142.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001590/2003-31
Recurso nº : 128.386
Acórdão nº : 204-02.157

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 03, 07
Necy Batista dos Reis
Mat. Siapc 91806

2º CC-MF
Fl.

estabelecendo também normas específicas. Neste momento, o legislador, que atuava no altiplano da lei complementar e, portanto, ocupava-se de normas gerais, desceu ao nível do legislador ordinário e o produto disso resultante terá apenas força de lei ordinária, dado que a Constituição Federal apenas lhe deu competência para produzir lei complementar enquanto adstrito às normas gerais.

Acerca desta questão, veja-se excerto do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

'A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a constituição atual não alterou esse sistema - se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.' (STF, Pleno, ADC 1-DF, Rei. Min. Moreira Alves)

Por fim, sempre é bom lembrar que os juros visam a compensar o credor pelos custos advindos da mora por parte do devedor. Ora, a Taxa Selic nada mais é do que o piso remuneratório das obrigações da Dívida Pública Federal. Sendo assim, é antes de tudo uma questão de Justiça, com base na Isonomia, que a União receba de seus devedores pelo menos aquilo que paga

Dessas considerações, conclui-se que, à exceção dos meses de fevereiro a abril de 2003, o trabalho corresponde a uma autuação própria de falta de recolhimento/declaração, daquelas costumeiramente resultantes do procedimento de verificações obrigatórias determinado pela SRF. Nada há a opor a esta parte do lançamento, dado que a empresa não justificou porque declarara em sua DCTF valor menor do que ela própria reconhece como devido segundo a legislação aplicável.

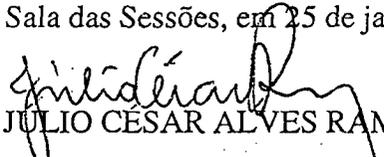
Nos outros meses, extrapolou a fiscalização aquele tipo de verificação, mas conseguiu demonstrar que os valores que estão sendo aqui exigidos são devidos porque resultantes de compensações pleiteadas e indeferidas. Vale dizer que a empresa não questionou esta afirmação da autoridade fiscal.

Forte em todos esses argumentos, somos pela desconstituição apenas dos valores reconhecidos pela fiscalização na coluna 17 da nova planilha. É que nestes casos a exigência decorreu apenas da desconsideração de estornos praticados pela empresa, consoante reconhecem os próprios AFRF diligenciantes.

E em consequência, voto por negar provimento ao recurso interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2007.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS