



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001942/2003-59
Recurso nº : 128.006
Acórdão nº : 203-10.337

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 27 / 07 / 06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : FOCKINK INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Santa Maria - RS

PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. NULIDADE. DESOBEDIÊNCIA A ATO NORMATIVO. INOCORRÊNCIA. Deve ser rejeitado o pedido de nulidade do auto de infração fundado em suposta desobediência a Ato Normativo, quando a referida norma não tem aplicação ao caso concreto.

AFRF. INCOMPETÊNCIA. Constatada a irregularidade tributária decorrente de compensação indevida, cabe ao Auditor Fiscal da Receita Federal lavrar o Auto de Infração, no exercício do poder-dever que lhe é atribuído por lei. **Preliminares rejeitadas.**

AÇÃO JUDICIAL. Comprovado nos autos a propositura de ação judicial contra a Fazenda - por qualquer modalidade processual -, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto, a teor do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, e no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/96.

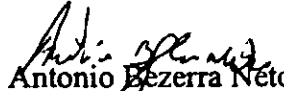
PIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Recurso não conhecido em parte e negado na parte conhecida.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em parte, face à opção pela via judicial e na parte conhecida, em rejeitar as preliminares de nulidade e negar provimento quanto ao restante.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

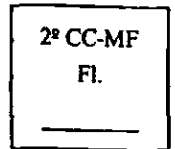
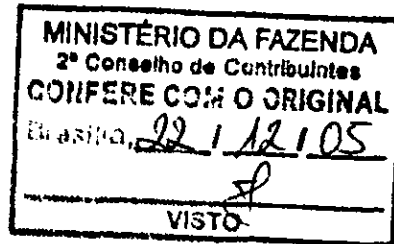

Antonio Bezerra Neto
Presidente

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 22/08/05
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001942/2003-59
Recurso nº : 128.006
Acórdão nº : 203-10.337



Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Relator

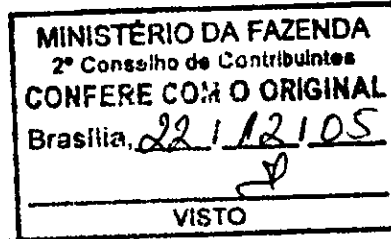
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Mauro Wasilewski (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente).
Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



Recorrente : FOCKINK INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA.

RELATÓRIO

Por bem resumir a controvérsia, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

Trata o presente processo de transferência de créditos tributários relativos a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-COFINS, referente a fatos geradores entre 31/01/1999 e 28/02/2003, no valor de R\$ 295.448,94, acompanhado de juros moratórios, tendo em vista o despacho cuja cópia está às fls. 23/28 – Revisão de ofício.

Tal crédito tributário decorre do lançamento efetuado no processo n° 11070.001457/2003-85 – COFINS-Auto de Infração, cujo sujeito passivo é a mesma empresa.

Cientificada dos procedimentos administrativos de revisão em 11/07/2003 (fl. 34), a contribuinte apresentou inicialmente, através de procurador, em 11/08/2003, a manifestação de fls. 36/41, apontando razões que depois iria apresentar na sua impugnação, impondo-se registrar o disposto à fl. 40:

em assim sendo, em atenção à intimação datada de 11 de julho de 2003, vem essa empresa contribuinte, primando pelo regular cumprimento da orientação emanada dessa douta autoridade, requer sejam implementadas as devidas correções quanto aos débitos cadastrados junto ao sistema da Secretaria da Receita Federal – SINCOR-PROFISC, vinculados ao presente procedimento, de modo a excluir os valores pertinentes às multas e, assim, ajustar referenciado cadastro ao efetivo valor discutido na presente contenda e, por fim, dar pleno cumprimento ao quanto determinado por V.S.as.

Na mesma data apresentou a impugnação de fls. 51/128, onde argumenta:

Dos Fatos que Originaram o Presente Procedimento Administrativo Fiscal – Requerimento Preliminar

apresenta sumário das nuances que envolvem o lançamento, informando ter apresentado, tempestivamente, peça de impugnação através da qual buscou demonstrar a licitude de seus procedimentos, apontando, ainda, as diversas irregularidades que, no seu entendimento, incorreu a Fiscalização, o que viciaria de nulidade o auto de infração;

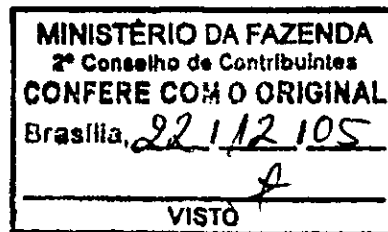
refere ao procedimento de verificação interna que resultou na revisão de ofício do lançamento e a ações judiciais que impetrou;

refere a determinação de ajuste à situação apurada quando da revisão de ofício, ressaltando que o crédito tributário deveria ter a sua exigibilidade suspensa, ficando desonerado da incidência da multa;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



ainda que não concilie o seu entendimento com as conclusões e providências adotadas pela DRF de origem, vez que entende ser o combatido auto de infração, independentemente da suspensão da exigibilidade de parte dos débitos nele lançados, nulo de pleno direito, manifestou-se acerca do evento, tecendo considerações adicionais pertinentes;

quanto ao suposto débito transferido, reitera as razões de sua inconformidade com o lançamento formalizado, e, inconformada com a exigência fiscal que lhe foi imposta, ora mantida, ainda que suspensa esteja sua exigibilidade, o faz segundo os fundamentos de fato e de direito que passará a explanar;

o relatório emitido em 10/07/2003, denominado Extrato de Processo, anexado à Intimação, indica que o débito transferido ao presente procedimento administrativo, permanecem onerados com os encargos moratórios originais, sem que cumprida fosse a determinação no sentido de que tal importância restasse desonerada da incidência de multas, como, inclusive, é prescrito no art. 63 da Lei n° 9.430, de 1996;

requer que, preliminarmente, acaso não tenham sido implementadas as devidas correções quanto aos débitos cadastrados junto ao sistema da SRF, vinculados ao presente procedimento, seja determinada a exclusão do valor pertinente à multa, ajustando-se, definitivamente, o referenciado cadastro ao efetivo valor discutido na presente contenda, dando-se, assim, cumprimento ao determinado pela DRF de origem.

Da Impugnação Propriamente Dita

traça arrazoado acerca do lançamento, especialmente a propósito da compensação realizada, dizendo que, delimitadas as nuances que aquele envolvem, é de se ver as diversas irregularidades cometidas pela Fiscalização ao proceder a lavratura do auto de infração, e que viciaram o mesmo de nulidade.

Das Preliminares de Nulidade

o procedimento administrativo tributário deve ser organizado dentro do chamado devido processo legal, o qual se expressa, essencialmente, no respeito ao princípio da legalidade e na proteção ao direito subjetivo de defesa;

insurge-se contra o presente procedimento, eis que o lançamento hostilizado carrega em seu bojo diversos equívocos procedimentais, contrariando vários dispositivos legais e regulamentares que deveriam orientar a atividade fiscal, devendo-se destacar a completa nulidade de que se reveste o procedimento fiscal em apreço, não podendo o mesmo, dadas as irregularidades que perpetra, se constituir em elemento lídimo para formalizar a constituição do suposto crédito tributário, vez que ignora as determinações legais que orientam e determinam a forma como deverá se dar a sua lavratura;

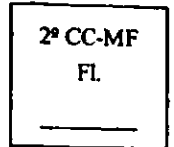
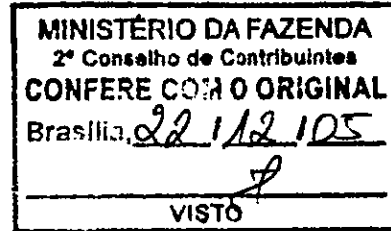
a atuação fiscal está vinculada a determinadas formas e requisitos legalmente prescritos, sendo que a carência ou falta de cumprimento de qualquer desses requisitos ou a adoção de práticas diversas daquelas legalmente previstas, fulminam o ato, tornado-o nulo e de nenhum efeito no mundo do direito;

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:

De



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337

não científica a empresa autuada de todos os fatos, documentos e demais elementos que justificam e supostamente comprovam suas conclusões, ignorando o quanto disposto no art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972;

ao afirmar tão somente que os débitos apontados se referem apenas a diferenças por alterações encontradas nas bases de cálculo, desatende de requisito essencial exigido no art. 10, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 1972;

ao glosar a compensação da contribuição devida com créditos de terceiros realizada ao abrigo do processo administrativo nº 10410.002347/02-99, conforme Pedidos de Compensação de crédito com débito de terceiros protocolados em 12 e 13/09/2002 na DRF de Maceió, bem como os créditos de que trata o Procedimento Administrativo nº 13062.000306/02-53 e informações prestadas em DCTF, contraria o quanto determina a IN SRF nº 210, de 2002, segundo a qual, uma vez constatada como indevida a compensação de tributo ou contribuição já confessado, o sujeito passivo será comunicado da não-homologação da compensação e intimado a efetuar o pagamento do débito no prazo de trinta dias, contado da ciência do procedimento (art. 22, caput, da IN SRF nº 210, de 2002), não sendo admitido o lançamento de ofício em casos tais;

ao justificar que os valores que pretende sejam considerados indevidamente compensados, são lançados com lastro no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, contrariando disposições do art. 3º da MP nº 75, de 2002, segundo o qual a aplicação do disposto no referido art. 90 fica limitada tão-somente aos casos em que as diferenças apuradas de tributo ou contribuição decorram de direito creditório alegado com base em crédito de natureza não tributária, não passível de compensação por expressa disposição normativa, inexistente de fato, fundado em documentação falsa ou em que também fique caracterizado o evidente intuito da prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964;

ao glosar a compensação da contribuição devida com créditos de terceiros realizada ao abrigo do Processo Administrativo nº 10410.002347/02-99, conforme Pedidos de Compensação de crédito com débito de terceiros protocolados em 12 e 13/09/2002 na DRF de Maceió, extrapola sua competência, já que nos casos em que os contribuintes estiverem sob jurisdição de Delegacias da Receita Federal diferentes, a competência para analisar o pleito é da Delegacia da jurisdição do contribuinte titular do crédito (art. 15, §§ 2º a 4º, da IN SRF nº 21, de 1997), sendo nulo o procedimento neste ponto, forte no que estabelece o art. 52 do Decreto nº 70.235, de 1972.

há notória discordância do procedimento com a legislação e regulamentos que regem a contribuição a COFINS e o procedimento administrativo fiscal, caracterizando o auto de infração como sendo nulo de pleno direito;

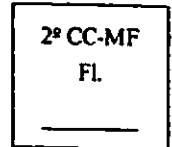
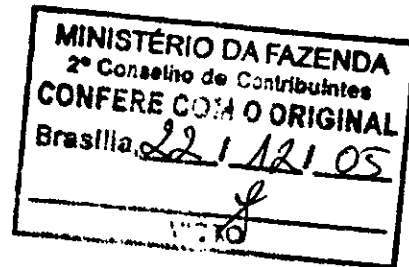
tece diversas considerações a propósito do que antes atentou, apontando nítida afronta ao princípio constitucional da ampla defesa – o lançamento ora hostilizado não lhe permite conhecer de fatos de extrema relevância e imprescindíveis ao deslinde da quaestio, restando ela claramente prejudicada na apresentação de elementos de fato e de direito tendentes a demonstrar e sustentar a legitimidade de seus procedimentos, e, assim, conseqüentemente, no exercício ao seu direito a mais ampla defesa;

registra os arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 – condições que obrigatoriamente devem ser observadas na confecção de um auto de infração –, apontando doutrinador e julgados administrativos;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



entende restar claramente configurado, no caso em exame, o cerceamento 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, LIV e LV);

registra o art. 22, caput, da IN SRF nº 210, de 2002;

é evidente que o contribuinte que tenha optado por liquidar suas obrigações fiscais pelas vias compensatórias, não pode ficar a mercê da Administração, acaso venha essa a discordar do procedimento, sendo penalizado com o lançamento de ofício, sem que disponha ela da possibilidade de levar tal entendimento a apreciação de uma instância superior, provocando a revisão do quanto fora decidido (art. 35 da IN SRF nº 210, de 2002), e, até mesmo, da possibilidade de saldar a obrigação, sem a multa penitencial que acompanha o lançamento de ofício;

o procedimento levado a efeito pelo autuante se mostra claramente contrário à orientação da própria Administração, eis que, na hipótese da compensação glosada, não foi oportunizado à empresa autuada tempo hábil para sequer realizar o pagamento do suposto débito, razão mais que suficiente para que seja decretada a nulidade do procedimento, por afronta ao Princípio da Legalidade;

registra o art. 35 da IN SRF nº 210, de 2002, bem como o art. 4º da Medida Provisória nº 75, de 2002;

ao promover a ilegítima antecipação de atos administrativos, a Fiscalização acabou por romper com o devido processo legal e, contrariando as normas procedimentais previamente estabelecidas, maculou o procedimento com nitida afronta não só aos atos complementares emitidos pelo Poder Executivo, mas a diversos comandos constitucionais que asseguram a todos os contribuintes o direito de não serem surpreendidos e constrangidos com atos de império, tais como o que aqui se vislumbra (CF de 1988, art. 5º, incisos II, LIV e LV), razão mais do que suficiente para que seja, desde logo, obstado o procedimento, sendo decretada a sua nulidade (art. 142 do CTN; art. 4º, §§ 3º a 5º da MP nº 75 de 2002; e arts. 22 e 35 da IN SRF nº 210, de 2002);

discorre acerca do art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, bem como em relação ao art. 3º da MP nº 75, de 2002, entendendo incorridas quaisquer hipóteses enumeradas naquele artigo, representando razão mais do que suficiente para que se obste a manutenção do lançamento no ponto relativo às compensações;

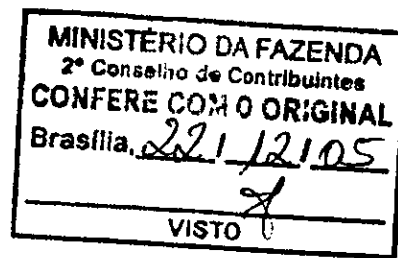
entende de meridiana clareza a total impossibilidade de prosseguir validamente o procedimento em litígio, pois o mesmo não se caracteriza como legal e adequado à situação real verificada e posta nos autos, impondo-se, por respeito aos atos normativos referido, ao art. 142 do CTN e, até mesmo, em observância aos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal, a decretação da nulidade do auto de infração no que tange à glosa de compensações;

registra o art. 15 da IN SRF nº 21, de 1997, entendendo ficar evidente que o procedimento de compensação objeto de glosa por parte da Delegacia da Receita Federal em Santo Ângelo (RS), não está e jamais esteve sob sua jurisdição, não sendo a ela admitida qualquer ingerência sobre o trâmite e o resultado final do pertinente procedimento administrativo fiscal, nem, tampouco, sobre a matéria a ele afeita;

De 6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337

entende deva ser decretada a nulidade do auto de infração no que toca à glosa das compensações realizadas no âmbito do Processo Administrativo n° 10410.002347/02-99 e a ele vinculadas.

Questões Pertinentes ao Mérito

Das Diferenças de Base de Cálculo da Contribuição

embora desconhecendo os reais fundamentos que guarnecem a presente exigência denominada apenas de diferenças de base de cálculo, procurará evidenciar o quão insubsistente é a exigência firmada pelo auto de infração;

não havendo indicação pela Fiscalização de que diferenças seriam estas, com a finalidade de demonstrar o descabimento da exigência buscará evidenciar os procedimentos que adotou para apurar os valores devidos a título de COFINS, referindo, inicialmente, à ordem legal que rege a cobrança desta contribuição. Refere à LC n° 70, de 1991, e também à Medida Provisória n° 1.724, de 1998, além da Lei n° 9.718, de 1998, essas introdutoras de diversas e significativas alterações no rol de contribuintes, base de cálculo e sistemática desta contribuição, inclusive com a majoração da alíquota da contribuição em um ponto percentual;

essa nova legislação estipula que a COFINS seja calculada sobre o faturamento, porém determina que este corresponde à receita bruta da pessoa jurídica, conceituada essa como sendo 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 (art. 2° daquelas normas);

assim, a empresa, que outrora se sujeitava ao recolhimento da COFINS à alíquota de 2% sobre o faturamento – esse a receita bruta das vendas de mercadorias, mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza –, ora se vê onerada pela exação com alíquota majorada para 3%, ainda sobre o seu faturamento, porém agora conceituado como a totalidade das receitas pela empresa auferidas. Transcreve artigos da Lei n° 9.718, de 1998;

a orientação inscrita naqueles dispositivos permitem 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. Esses mandamentos foram inobservados pela Fiscalização que, embora citando dispositivos da LC n° 70, de 1991, e da Lei n° 9.718, de 1998, achou por bem como base valores que não se enquadram como faturamento e que sequer com o conceito de receita se conciliam, promovendo, assim, lançamento totalmente descasado da lei que reputou estar aplicando;

a legislação é bem clara no sentido de afirmar que são tributáveis 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 ;

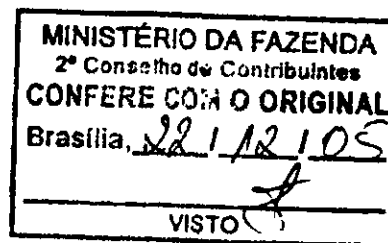
assim, não podem compor a base tributável da COFINS as quantias que não representem efetivas receitas da pessoa jurídica, sendo totalmente despropositada a inclusão na base de cálculo arquitetada pela Fiscalização, que além do faturamento total, fez por incluir na base a ser onerada pela COFINS valores outros dos quais sequer indicou a natureza;

De 7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



embora não possa afirmar 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 estas verbas sequer podem ser consideradas receitas, quanto mais faturamento;

esses valores não têm a mínima condição de serem considerados como receitas da pessoa jurídica, já que não podem quantias que nada agregam ao patrimônio serem oneradas pela tributação unicamente por estarem registradas contabilmente como recursos ingressados no caixa da empresa ou como direito de crédito;

um tributo ou uma contribuição não podem ser cobrados por ficção legal, isto é, para haver a incidência de tributação, necessariamente deve haver a efetiva ocorrência de um fato concreto e real dentro da hipótese de incidência para gerar o nascimento do fato gerador, conforme previsto pelo art. 114 do CTN, combinado com o art. 4º do mesmo diploma legal;

se o Fisco objetiva tributar receita, considerada como um todo o efetivo ingresso de ativos em uma companhia, somente poderá ele onerar uma situação real e concreta, perfeitamente materializada e cuja mensuração seja objetiva e definitiva (arts. 114 e 116 do CTN), não podendo ser objeto de oneração mero recurso que passe pelo caixa da empresa, em nada afetando o seu patrimônio líquido, nem se agregando aos seus ativos;

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, nada mais, devendo ser excluídas da base de cálculo da contribuição todo e quaisquer ingressos de recursos que não representem incremento patrimonial, tais como as recuperações de custos ou despesas, os ressarcimentos pelo uso de materiais, multas e indenizações recebidas, valores transferidos a terceiros etc.;

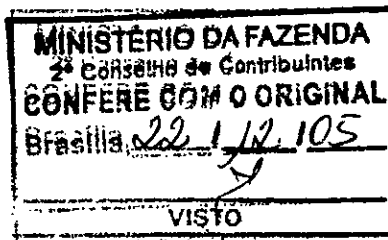
os mandamentos legais restaram ignorados pela Fiscalização que, ainda que cite dispositivos da LC nº 70, de 1991, e da Lei nº 9.718, de 1998, achou por bem lançar, indiscriminadamente, como base tributável, todo e qualquer recurso ingressado no caixa da entidade e outros valores contábeis, sem que nenhuma análise restasse realizada quanto a sua efetiva natureza, promovendo, assim, lançamento totalmente descasado da lei que reputou estar aplicando, passando a tributar pela COFINS valores que não se subsumem no conceito de faturamento ou de receita, claramente contrariando o que recomenda a LC nº 70, de 1991, e até mesmo a Lei nº 9.718, de 1998;

traça arrazoado acerca do conceito de receita, entendendo-a como uma efetiva alteração no patrimônio da empresa que a aufere, compreendendo, necessariamente, um acréscimo no ativo ou decréscimo no passivo, sendo, sempre, a 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; acerca de variações monetárias, entendendo que tais elementos, dada sua incerteza de efetiva

A



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337

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, para fins de mensuração da COFINS devida a cada período mensal, resultando assim que, se faturamento ou receita, não importa, a grandeza contra a qual endereçou-se a Fiscalização – variações monetárias – não podem ser objeto de oneração pela COFINS, eis que nem como receita se enquadram, muito menos como faturamento;

refere à Medida Provisória n° 1.858, de 1999, dizendo que a partir de 01/01/2000 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 IR, da CSLL, do PIS/PASEP e da COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação, ou seja, no momento dos pagamentos e na proporção destes. Refere às possibilidades de exclusão da base de cálculo da COFINS;

conclui dizendo que o próprio ente estatal veio a reconhecer o descabido da tributação que, aparentemente, ora é imposta pelo auto de infração aqui repudiado, carecendo seja também reconhecido que as variações monetárias ocorridas nas operações não liquidadas jamais poderiam sujeitar-se a qualquer exação que pretenda tributar receita, com isso se impondo que sejam excluídos das bases de cálculo da COFINS as importâncias eventualmente consideradas a essa guisa;

refere ao regramento da COFINS, dizendo que da análise da base de cálculo constitucionalmente prevista, bem assim as alterações promovidas em sua sistemática, entendeu encontrar-se aquela contaminada por vício de inconstitucionalidade e ilegalidade, tendo levado a questão a apreciação do Poder Judiciário, impetrando o Mandado de Segurança Preventivo n° 2000.71.05.002953-1, que foi distribuído à 1ª Vara da Justiça Federal em Santo Ângelo (RS);

a decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedente o seu pedido, havendo nela a determinação de compensação dos valores indevidamente recolhidos com valores devidos da própria COFINS, PIS e CSLL. Tal medida judicial encontra-se em trâmite junto ao TRF 4ªR; decorre que jamais poderiam os supostos débitos relativos às propaladas diferenças por alterações encontradas nas bases de cálculo, no que superam ao faturamento – como conceituado pela LC n° 70, de 1991 – serem exigidos sem que tal proceder colidisse frontalmente com expressa manifestação do Poder Judiciário, configurando clara negativa de vigência à executividade plena de ordem judicial;

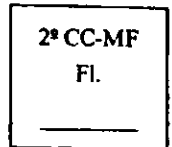
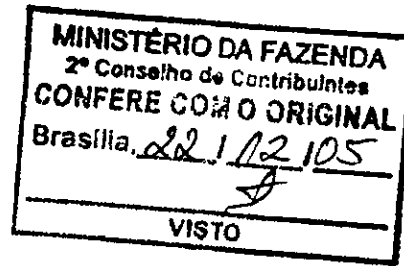
tal proceder revela o desejo de manutenção de atos tidos por descabidos, ilegais ou inconstitucionais pelo Poder Judiciário, em franca violação a direitos e garantias individuais e coletivos, principalmente os elencados nos incisos XXXV, XXXVI e LXIX do art. 5º da Carta Política, os quais encontram razão de ser e existir justamente para ofertar aos indivíduos uma eficaz proteção de seus direitos contra a arbitrariedade dos governos. Aponta o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal;

parece inegável que toda a movimentação da Fiscalização está, em verdade, fulminando a executividade da decisão proferida nos autos do MSP n° 2000.71.05.002953-1, que, reconhecendo a existência de uma lesão patrimonial configurada pela exigência de uma exação indevida, concedeu a segurança de modo a assegurar o seu direito de recolher dita contribuição nos moldes da Lei Complementar n° 70/91, visando, em última análise, elidir uma atuação ilegítima do Estado, que ora se repete, como se ineficaz fôsse a proteção jurisdicional prestada;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



reputa a pretensão fiscal como contrária ao ordenamento jurídico pátrio, ao exigir o recolhimento de contribuição declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, jamais podendo a mesma se arvorar como procedimento fiscal lícito e hábil a constituir crédito de natureza fiscal plenamente exigível, fato que por si só já autoriza a qualificar como ilegais os atos da Administração neste sentido, devendo ser cancelada a exigência formalizada pelo auto de infração, sob pena de incorrer essa autoridade administrativa em descumprimento da ordem judicial.

Da Glosa das Compensações Realizadas. Legitimidade dos Procedimentos Compensatórios da Empresa Contribuinte

traça relato quanto ao embasamento utilizado pela Fiscalização para efetuar a glosa das compensações processadas pela empresa relativamente a créditos de terceiros vinculados ao procedimento administrativo n° 10410.002347/02-99;

as afirmações e conclusões edificadas pela Fiscalização de modo a justificar a glosa estão equivocadas, não sendo condizentes com a realidade dos fatos;

traça relato a propósito do processo judicial n° 99.0008031-9, referindo à decisão do TRF da 5ª R;

entende que há uma decisão judicial hígida e plenamente executável que reconhece crédito de IPI à autora e permite à contribuinte titular do crédito compensá-lo com débitos próprios e de terceiros, cabendo aos órgãos da Administração, apreciando ou não, concordando ou não com tal decisão, a ela dar efetivo cumprimento até que, seguindo o devido processo legal, sobrevenha decisão judicial revogando ou suspendendo a execução da ordem hoje vigente;

a referenciada decisão abona e ratifica o procedimento compensatório de créditos de um contribuinte com débitos de outro contribuinte, sendo óbvio que a decisão abriga não só o titular do crédito, mas também todos aqueles contribuintes cujos débitos restaram liquidados com os respectivos créditos pelas vias compensatórias;

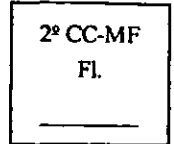
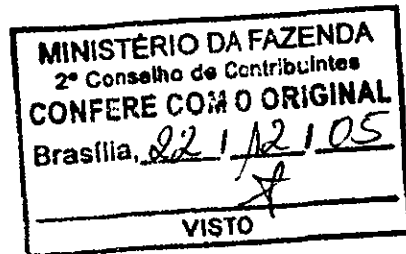
em homenagem ao Princípio da Eventualidade, o procedimento fiscal carece de legitimidade, seja porque a IN SRF n° 41, de 2000, ofende o Princípio da Legalidade, seja porque o art. 170-A, introduzido ao CTN pela LC n° 104, de 2001, não seria aplicável ao caso por respeito aos Princípios da Tipicidade Cerrada, da Irretroatividade e do Devido Processo Legal. Discorre acerca dessa normatização, apontando aspectos de inconstitucionalidade, registrando legislação, doutrinadores e jurisprudência, concluindo, ainda, que:

não se mostra legítima a tentativa fazendária de afastar o benefício sob a alegação de que a IN SRF n° 41, de 2000, imporia óbice intransponível à pretensão da empresa contribuinte, eis que o ato infra-legal claramente exorbitou em sua competência ao interpretar restritivamente a legislação tributária, pretendendo minorar a aplicação de direito expresso em lei;

a aplicação ampla e geral da novel disposição do CTN, introduzida pela LC n° 104, de 2001, alcançando não só situações futuras, mas também, sentenças já proferidas quando da publicação da referida LC, não pode se arvorar de legítima, eis que viola direitos e garantias individuais e coletivas elencadas nos incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da Carta Política;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337

incumbe, pois, ao julgador, a partir da melhor análise da questão, reconhecendo as diversas irregularidades e ilegalidades que a glosa das comentadas compensações encerra, decretar a insubsistência do lançamento também neste ponto.

Da Ilegitimidade na Mensuração dos Valores Eventualmente Devidos

por respeito ao princípio da eventualidade, carece a Administração Pública de fundamento legal lidimo que lhe abrigue em seu proceder ao valorar a quantia eventualmente exigida a título de juros;

o suposto débito em cobrança agrega ao valor cobrado juros remuneratórios mensurados através da aplicação da taxa referencial da SELIC, circunstância que contraria o princípio da legalidade, bem como o comando expresso no art. 161, caput e § 1º do CTN, o qual possui forma de lei complementar. Transcreve o art. 161 do CTN;

os juros remuneratórios da taxa SELIC foram introduzidos na legislação tributária pátria como acréscimo moratório pelo não cumprimento de obrigações tributárias nos prazos previstos na legislação pela Lei nº 8.981, de 1995, que determinou sua incidência sob o argumento de cobrança de juros de mora, ainda que a SELIC não tenha, claramente, esta natureza. Registra parte da Lei nº 8.981, de 1995;

refere ao art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, entendendo que a taxa SELIC possui nítida natureza remuneratória – e não moratória – havendo flagrante descasamento entre a norma ordinária e a clara orientação emanada do CTN, que somente admite a cobrança de juros de mora;

a legislação complementar autoriza somente a cobrança de juros moratórios, que assim se qualificam como verba que visa aplacar os efeitos da mora do devedor em cumprir a obrigação, compensando eventual prejuízo havido pelo credor em situações tais. Esta espécie de juros, que na sua essência objetiva apenas compensar o credor dos efeitos da mora, jamais poderá ser confundido com juros remuneratórios aplicáveis aos financiamentos, empréstimos ou outras operações de crédito, que não visam a compensação, mas sim a remuneração do capital aplicado, capacitando ao credor, inclusive, a aferição de lucro;

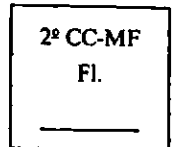
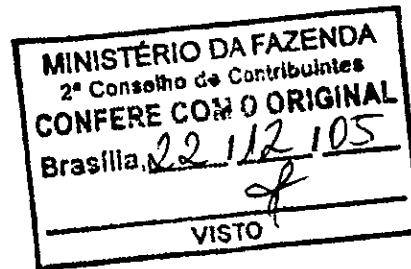
refere ao art. 84, inciso I, da Lei nº 8.981, de 1995, bem como à Lei nº 7.862, de 1989;

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 a mesma prosperar, eis que afrontadora do Princípio da hierarquia legal. Discorre sobre o Sistema Tributário Brasileiro e, especialmente, sobre a relação que se estabelece entre as leis complementares e as ordinárias, apontando doutrinador;

as Leis nºs 8.981 e 9.065, de 1995, em nítida afronta ao Princípio Constitucional da Hierarquia, sob o argumento de cobrança de juros de mora, prevêem a incidência de juros moratórios equivalentes à taxa SELIC, promovendo uma remuneração – e não uma compensação, como estabelece o CTN – ao Tesouro Nacional, pelo atraso verificado pelos contribuintes em adimplirem para com suas obrigações fiscais: forma, totalmente carente de abrigo constitucional a norma que pretende que os débitos tributários, sejam eles decorrentes de mero pagamento em atraso, sejam aqueles apurados em procedimento administrativo fiscal tal qual ora se apresenta, sejam onerados pelo acréscimo de juros calculados segundo a variação mensal da taxa



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337

SELIC, haja vista não possuir a referenciada taxa natureza moratória, conforme prescreve o CTN, mas sim remuneratória.

Do Pedido

requer seja dado provimento à sua impugnação, para declarar a integral nulidade do auto de infração, vez que esse não merece prosperar, por nitido desatendimento a artigos do CTN, PAF e Constituição Federal;

requer provimento à sua impugnação para, por respeito ao art. 142 do CTN e até mesmo em observância aos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal, declarar-se a nulidade parcial do auto de infração no que pertine à glosa de todas as compensações, vez que aquele espelha procedimento que contraria as disposições constantes do art. 3º da MP n° 75, de 2002, não se caracterizando, portanto, como legal e adequado à situação real verificada e posta nos autos;

requer seja decretada a nulidade do auto de infração, por romper com o devido processo legal e contrariar as normas procedimentais previamente estabelecidas, afrontando não só aos atos complementares emitidos pelo Poder Executivo, mas a diversos comandos constitucionais que asseguram a todos os contribuintes o direito de não serem surpreendidos e constrangidos com atos de império, tais como os que aqui são vislumbrados;

requer seja declarada a nulidade do procedimento, vez que o autuante, em flagrante extrapolação de suas funções, acabou por produzir ato administrativo nulo de pleno direito, como expressamente prevê o art. 52 do Decreto n° 70.235, de 1972;

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão (fls. 163/184), nos termos da ementa transcrita adiante:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1999 a 28/02/2003

Ementa: PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora, que impeça o sujeito passivo de conhecer dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

PRELIMINAR. NULIDADE.

Inexistente no presente procedimento hipótese de nulidade de que trata o art. 59 do Decreto n° 70.235, de 1972.

ASSERTIVAS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADES. ILEGALIDADES.

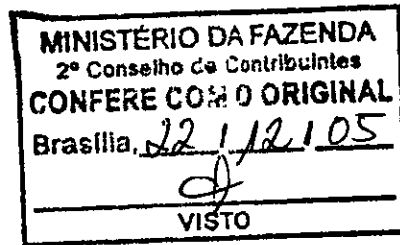
A apreciação de argumentações que se refiram a inobservância de princípios constitucionais, ou de alegações de existência de inconstitucionalidades ou ilegalidades, essas contidas em leis ou atos, está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

Rel



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001942/2003-59
Recurso nº : 128.006
Acórdão nº : 203-10.337



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1999 a 28/02/2003

Ementa: COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES.

A partir do período de apuração de fevereiro de 1999, a COFINS incide sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, nelas se incluindo as advindas de aplicações financeiras, inclusive as variações monetárias ativas e juros ativos, uma vez que inexistente dispositivo legal que possibilite suas exclusões da base de cálculo.

COFINS. MEDIDA JUDICIAL. COMPENSAÇÃO. LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA.

O crédito tributário deve ser constituído pelo lançamento em razão do dever de ofício e da necessidade de serem resguardados os direitos da Fazenda Nacional, prevenindo-se contra os efeitos da decadência.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A exigência da taxa SELIC como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo a autoridade administrativa afastar a sua pretensão.

Lançamento Procedente

Inconformada, a interessada recorre a este Conselho (fls. 189/284) reiterando as razões da peça impugnatória.

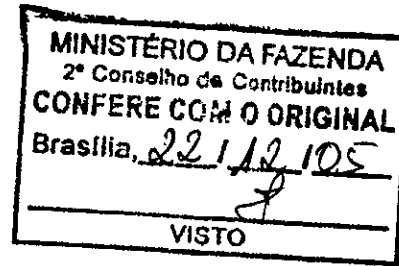
É o relatório.

R



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO DE ANDRADE COUTO**

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Em relação às preliminares de nulidade, todas as questões já foram bem dirimidas pela instância de piso. Registre-se apenas que discussão quanto à aplicação do art. 90 da MP n° 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, envolve questão de mérito que não será aqui apreciada pelas razões expostas a seguir. Quanto à Instrução Normativa SRF n° 210/02, tem aplicabilidade voltada à sistemática de compensação instituída pela Lei n° 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (conversão da MP n° 66, de 29 e agosto de 2002), quando foi instituída a Declaração de Compensação cuja entrega implica na extinção do débito nela especificado, até ulterior homologação. Não é o caso dos autos.

Também não procede a alegação de que a autoridade fiscalizadora extrapolou de sua competência. A reclamante não atentou para o fato de que existem dois procedimentos distintos. Um deles refere-se ao pedido de compensação formalizado nos autos do processo 10410.002347/02-99, que está sob jurisdição da Receita Federal de Maceió. O auto de infração objeto da presente exigência é procedimento distinto, ainda que originado da glosa daquela compensação. O autuante não prolatou nenhuma decisão no processo de compensação, mas sim formalizou a exigência com base na decisão lá prolatada. Nada mais fez do que exercitar o poder-dever que lhe é atribuído por lei e do qual não pode se afastar.

Na análise do pleito deve-se ter em mente que os presentes autos tem origem na transferência de débitos originariamente constantes do Processo 11070.001442/2003-17, por força da revisão de ofício executada pelo Delegado da Receita Federal (fls. 22/25).

De acordo com o pronunciamento daquela autoridade, foram transferidos os débitos do PIS referentes aos períodos de apuração de janeiro a março de 2002 com origem em compensação supostamente indevida, mas que na verdade tinha amparo em provimento judicial de antecipação de tutela, obtido nos autos da Ação Ordinária n° 99.0008031-9, não considerada pelo autuante.

Entendeu ainda a autoridade revisora que a decisão judicial é instrumento de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na forma prevista no inciso V do art 151 do CTN, ainda que não impeça o fisco de formalizar o lançamento, sem imposição da multa de ofício.

Não há dúvida que o deslinde da questão está diretamente vinculado à Ação n° 99.0008031-9. Entendo estar caracterizada a concomitância entre as esferas administrativa e judicial.

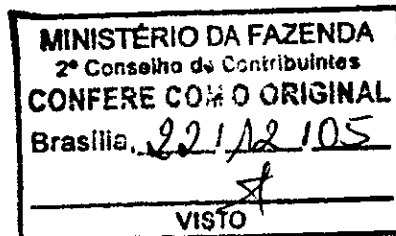
Inexiste controvérsia no entendimento de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo torna inócua qualquer discussão da mesma matéria no âmbito administrativo, por obediência ao princípio da jurisdição uma, da prevalência do Poder Judiciário.

Nenhum dispositivo legal ou processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais, ou uma de cada natureza.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 11070.001942/2003-59
Recurso n° : 128.006
Acórdão n° : 203-10.337



Vejam-se as disposições do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no DOU de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

"32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativas, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir e autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim" (Grifos originais)

No âmbito dos Tribunais Superiores, o STJ, em análise à discussão em tela, assim se manifestou:

"Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia do poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao at. 38, parágrafo único, da Lei n° 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido." (Resp n° 7.630 – RJ – 2ª Turma – 1º/04/91)

Relativamente à taxa Selic, o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

Art.161.....

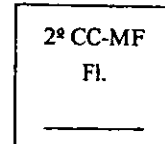
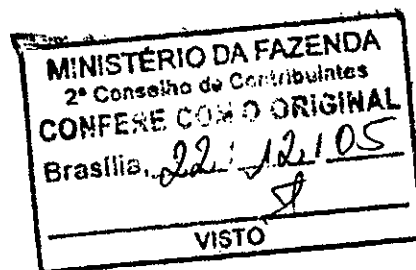
§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês." (grifo nosso)

Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei n° 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º da Lei n° 9.430/96. Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11070.001942/2003-59
Recurso nº : 128.006
Acórdão nº : 203-10.337



atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei. Sob esse prisma, é irrelevante que o indicador agora utilizado tenha sido criado originariamente para fins remuneratórios.

No que tange à multa de ofício, a instância de piso já dirimiuiu a questão reiterando a improcedência da mesma, conforme decidido pela autoridade revisora.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO