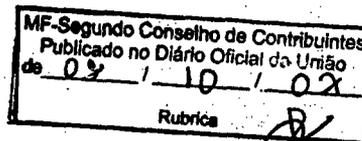




Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743



Recorrente : JOSÉ FAUSTINO & CIA. LTDA.  
Recorrida : DRJ em Recife - PE

### NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.

### INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

### COFINS. BASE DE CÁLCULO. REGIME DE APURAÇÃO.

A base de cálculo da Cofins, para as pessoas jurídicas de direito privado, é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, admitidas as exclusões previstas em lei, não importando, via de regra, a época do efetivo recebimento daquela receita.

### MULTA DE OFÍCIO.

Nos lançamentos de ofício, em razão de recolhimento a menor do imposto, incide a multa de ofício, no percentual de 75%, conforme previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

### JUROS DE MORA.

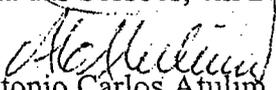
O crédito tributário não integralmente pago no seu vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta.

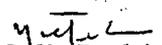
**Recurso negado.**

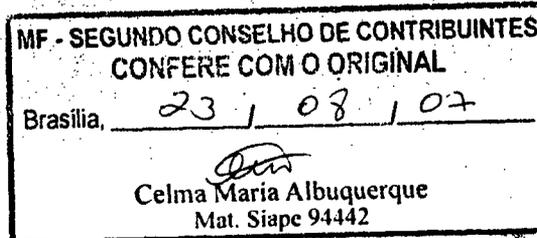
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ FAUSTINO & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007.

  
Antonio Carlos Atulim  
Presidente

  
Nadja Rodrigues Romero  
Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente), Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

2º CC-MF  
Fl.

Brasília, 23 / 08 / 07

Celma Maria Albuquerque  
Mat. Sijape 94442

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

Recorrente : JOSÉ FAUSTINO & CIA. LTDA.

## RELATÓRIO

Contra a contribuinte retromencionada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 03/08, relativo à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, com exigência da Contribuição, multa de ofício e juros de mora até a data do lançamento.

As irregularidades fiscais apontadas pela fiscalização estão descritas no Termo de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 04/06, do qual se extrai os seguintes excertos:

*“Das atividades de verificações preliminares foram constatadas as seguintes irregularidades:*

### *IRREGULARIDADE NA APURAÇÃO E RECOLHIMENTO*

*Através dos livros Razão e Apuração (fl. 20-209) checkou-se a receita da atividade, conforme Planilha anexa a fl. 265-269 cujas informações foram preenchidas pelo próprio contribuinte. Em seguida apurou-se o imposto devido, cotejando este valor com os valores declarados e recolhidos (informações constantes da DCTF, DIRPJ e sistema Sinal de pagamentos da Receita Federal), conforme Planilha de Apuração anexa às fls. 265-269. Diante do batimento reiro citado, apurou-se a diferença de Débitos não declarados e/ou não pagos que é aqui tributada.(...)*

### *DAS AÇÕES JUDICIAIS*

*Da documentação apresentada e anexa às fls. 212-264 extrai-se o seguinte:*

*Em 01/07/99 a empresa, através da Martorelli Advogados, vem interpor Mandado de Segurança (fls. 212-225) alegando a inconstitucionalidade e ilegalidade do aumento da base de cálculo e da majoração da alíquota da COFINS, nos moldes da lei 9718/98, e solicitando recolhimento da COFINS a razão de 2% de seu faturamento, na forma da L.C. 70/91.*

*(...) Por fim, através de certidão expedida pelo TRF 5ª Região, depura-se que o último parecer publicado oficialmente é favorável a Fazenda.*

*Não obstante, esta fiscalização levantou a receita bruta como sendo aquela proveniente, exclusivamente, da prestação de serviços, conforme escriturado sob as contas 3.1.1.1.01.0001 a 3.1.1.1.010008 no Livro Razão para os anos de 1997 a 2000 e no Livro de Apuração para o ano de 2001, tendo em vista não ter sido verificado outras receitas. Ou seja, o faturamento equivale, neste caso, a receita bruta.*

*Portanto, resta a esta Fiscalização constituir normalmente os créditos tributários devidos e apurados de acordo com o art. 63 da lei 9430/96 e Parecer COSIT 02/95, e na forma do inciso IV do art. 151 da Lei 5172/66, haja vista não encontrar-se nesta data, a empresa amparada por medida liminar em Mandado de Segurança para suspensão da exigência dos tributos.”*

Inconformada com o feito fiscal, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 326 a 346, com suas razões de defesa a seguir resumidas:

— y u l —



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 08 / 07
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442

2º CC-MF  
FI.

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

- em preliminar, alega a nulidade do auto de infração porque fere princípios de legalidade claros e que podem ser identificados com as provas materiais que pretende ao longo da Instância Administrativa produzir para impugná-lo;

- razões postas a nulidade do auto de infração são: a) todos os elementos eleitos na peça básica da infração foram obtidos através de métodos de presunção, considerando-se que há imperfeições nos levantamentos consignados como prova, ou seja, o auto de infração é indevido; b) em direito tributário é nulo o auto de infração baseado em flagrante imperfeição, se os motivos eleitos são inexistentes, desde que não observadas as regras e ritos formais, ferindo assim o princípio do ato regrado ou vinculado à lei (CTN art. 97, I e III, 114, 116, 141 e 144; CF/88; 5º, II, 37, *Caput*, e 150, I), e no caso presente, é evidente que o ato regrado respeitou alguns princípios de legalidade, a despeito do enorme cuidado com que foram produzidos, ou seja, a autoridade coatora não deve ter observado que a competência março de 1997 da Cofins identificado como "Não pago", em verdade estava "pago";

- a multa aplicada é confiscatória, "já que demonstrará as imperfeições gerais da peça básica de infração. Se a autoridade aplicou multas decorrentes sobre um imposto que a rigor não é devido, é inegável que a multa grava o contribuinte de maneira ilegal, ferindo inclusive as disposições do CTN e da própria Constituição Federal em vigor. Assim, se o principal cumula, evidentemente, imperfeições de legalidade à multa, no vínculo de causa e efeito também se apresenta viciada de validade, e por isso a multa será confiscatória, se for mantida;"

- quanto aos juros de mora incidentes "sobre um imposto que a rigor não é devido, é inegável que esses juros gravam o contribuinte de maneira ilegal, ferindo inclusive as disposições do CTN e da própria Constituição Federal em vigor.;"

- os procedimentos do auto de infração não têm "os pressupostos indispensáveis a sua manutenção como será demonstrado nesta defesa, pois fere conceitos destacados em súmulas do STF; é ato ineficaz por não obedecer: a) o princípio da legalidade; b) as formalidades obrigatórias; c) as garantias da Constituição Federal CF/88, devem ser anuladas pelo próprio Fisco, nos termos das súmulas 346 e 473 do STF.;"

- a autoridade administrativa fez "os levantamentos pertinentes, apurou sim, verificou, comparou, informou e demonstrou no auto de infração. No entanto, as conclusões finais do Termo de Encerramento acumularam imperfeições relevantes que condenam a peça de infração e que, evidentemente, são mortais para declarar a sua improcedência.;"

- em relação ao mérito; traz o questionamento sobre o conceito de "RECEITA BRUTA para empresas que operam no Setor de Transportes Coletivos de Passageiros, em regime de participação em Câmara de Compensação Tarifária - CCT." Diz que a legislação aplicável está contida nos seguintes atos: IN SRF nºs 11, de 21/02/96 e 93, de 24/12/97; e Lei nº 9.430, de 27/12/96;

- acrescenta que a Instrução Normativa SRF nº 9, de 10/02/1999, trouxe nova Regulamentação do Regime Simples e confirma que pode haver exclusões no conceito de Receita Bruta. Por sua vez a Lei nº 9.718, de 27/11/98 em seus arts. 1º, 3º, e § 1º, alterou a legislação tributária federal e definiu conceitos;



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 23 / 08 / 02

Celma Maria Albuquerque  
Mat. Siape 94442

2º CC-MF  
FI.

- nesse caso específico, a recorrente não recebeu no período fiscalizado pela EMTU – Empresa Municipal de Transportes Urbanos (anexo 1) atestado de que estas receitas não produziram efetiva disponibilidade econômica e financeira. *“Isto inclusive foi objeto de propositura de ação que promove contra a EMTU; se considerado que a empresa lançou em sua Receita valores que não importaram em disponibilidades econômicas deveria, expurgar do conceito de Receita Bruta.”*

- quanto à compensação do *“PIS/Cofins (Notas Fiscais de Vendas de Diesel e Gasolina): a Medida provisória nº 1.991-18, na sua reedição de 10/06/2000 introduziu diversas alterações na legislação do PIS, Cofins, IPI, IR e CSLL a vigorar a partir de 01/07/2000 com impacto direto nas vendas de Diesel e Gasolina no mercado consumidor; com a nova sistemática tornou-se sem efeito a substituição tributária da distribuidora e do revendedor na refinaria, em função da redução das respectivas alíquotas para zero; esta MP eliminou um dos benefícios existentes na atual estrutura de preço, que era a possibilidade legal de ressarcimento do PIS/Cofins, da revenda, por parte de clientes consumidores diretos, o que não foi observado pela autoridade coatora. Conseqüentemente, no período anterior a 1º de julho de 2000, havia destaque da parcela ressarcível do PIS/Cofins nas Notas de Vendas de Diesel e Gasolina (anexo 2 – Carta Shell), devendo ter deduzida a parcela ressarcível que reduz a apuração do PIS e Cofins, mensalmente. Para que se possa ter idéia concreta da circularização destes valores e da inobservância da compensação, anexa extrato somente do exercício social de 2000.”*

- as cópias das Ações Judiciais anexadas demonstram que lhe foi concedido parcialmente a liminar pleiteada determinando que a autoridade fiscalizadora utilize a base de cálculo delineada na legislação anterior, ou seja, o faturamento. Admite que não vem recolhendo a contribuição à alíquota de 3%, mas de 2%. Diz que os Depósitos Judiciais não foram considerados depósitos judiciais referente aos acréscimos da Cofins de 2% para 3%, em vários períodos que indica; o agente fiscal sequer faz referência aos depósitos judiciais que podem ser comprovados pelos Darf que anexa.

*“Ao final, requer no amparo da garantia constitucional do contraditório pleno: a) que sejam apreciadas todas as considerações preliminares e de mérito, todas as razões de defesa, elencadas à luz do direito, da jurisprudência administrativa aplicável; b) que a autoridade coatora preste as informações que são necessárias para validar seu lançamento de ofício, fundamentos fáticos e legais em que se apoiou para exigir o “quantum” de seu feito tributável, e porque o elegeu, e que agora a autoridade coatora irá retificar depois da análise das razões aqui consignadas.”*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE converteu o julgamento em diligência para que fossem apurados pela fiscalização os seguintes pontos:

*“1) verificação diante da legislação pertinente e dos originais das notas fiscais-fatura, emitidas pela SHELL BRASIL SA, a efetivação dos valores da COFINS que foram objeto de retenção e se tais valores não foram já objeto de compensação;*

*2) que seja verificada a diferença apontada de R\$ 437.381,64 referente a julho de 2001, diante dos documentos anexados;*

*3) diante da análise efetuada, se constatada alteração no crédito tributário, seja elaborado um “Quadro Demonstrativo” com a indicação por mês, das novas bases de cálculo e dos valores da contribuição apurados;*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 08 / 07
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442

2ª CC-MF Fl. _____
--------------------------

4) demais providências que, a seu critério, possam subsidiar na solução da lide;

5) seja dada ciência à contribuinte do resultado da diligência acima solicitada, com reabertura de prazo, se for o caso, para nos termos do que dispõe o Decreto 70.235/72, possíveis manifestações."

Em atendimento à Resolução, o Fiscal diligenciante fez a juntada dos documentos às fls. 689 a 703, contendo planilhas e Termo de Encerramento de Diligência (fls. 687 e 688), bem como conclusões sobre a diligência efetuada, de cujo teor deu ciência à contribuinte, conforme fl.709.

Ciente do resultado da diligência, às fls. 710/712, a contribuinte assim se pronunciou:

- a diligência confirma o que havíamos alegado e contestado em nossas razões de defesa, cabendo após diligência realizada, o reconhecimento do direito ao crédito de PIS e Cofins, e que seja agora disponibilizado tal direito compensado-o com débitos na própria Receita Federal, como se formulará o pedido em seguida;

- no termo de diligência consta a conclusão que realmente existe uma diferença apontada no valor de R\$ 437.381,64;

- esclarecendo o quesito nº 03, o Termo de Encerramento de Diligência descreve as conclusões apuradas, tendo as planilhas demonstrativas de alteração de crédito tributário presentes nos Anexos 14 e 15;

- na oportunidade, alega que aderiu ao Programa de Parcelamento Especial - Paes e inclusive está mantendo regular os pagamentos mensais, ressaltando que na ocasião não poderia ter incluído eventualmente os débitos constantes desse auto de infração porque o mesmo encontrava-se ainda sem conclusão de seu relatório decisório, além do fato de que o processo estava sendo diligenciado para reconhecimento dos referidos créditos que tinha certeza que eram devidos a seu favor, e que lograram ser reconhecidos agora;

- pelo Relatório consignado em 11/07/2003, o voto foi para dispor o julgador dos elementos necessários para firmar o julgamento da lide, quando a peça impugnatória apontava fatos que indicavam a necessidade de esclarecê-los/complementá-los, conforme disposições dos arts. 18 e 29 do Decreto nº 70.235/72, só concluída com o Termo de Encerramento dado ciência à contribuinte.

Ao final, requer: 1) incluir a diferença do débito no montante do débito já acusado no próprio Paes, que está em fase de amortização; 2) abater os valores constantes do direito de crédito a favor da contribuinte, reconhecido no quesito 01, igualmente no próprio saldo do Paes.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife - PE apreciou as razões de defesa da contribuinte e o que mais consta dos autos, decidindo pela procedência parcial do lançamento nos termos do Acórdão nº 13.221, de 02 de setembro de 2005, assim ementado:

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

Período de apuração: 01/04/1997 a 30/04/1997, 01/01/1998 a 31/01/1998, 01/04/1998 a 30/04/1998, 01/06/1998 a 30/06/1998, 01/09/1998 a 30/09/1998, 01/03/1999 a 30/09/2001



Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

*Ementa: ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. REGIME DE COMPETÊNCIA. Por força do regime de competência previsto na legislação contábil e fiscal o reconhecimento das receitas deve se dar nos meses do faturamento, independentemente da ocorrência do pagamento.*

*OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas, não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial.*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATIVIDADE VINCULADA. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como também a atividade administrativa de julgamento pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.*

*INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.*

*ENCARGOS LEGAIS. JUROS DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. Os juros de mora e a multa de ofício exigidos no Auto de Infração estão previstos nas normas válidas e vigentes à época da constituição do respectivo crédito tributário.*

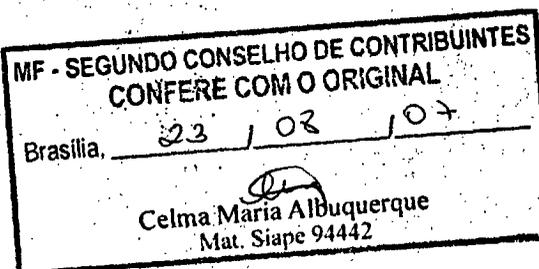
*COFINS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO EFETUADA NA CONTABILIDADE. Deve excluir-se, do valor lançado, a contribuição retida por distribuidora por ocasião da compra de combustível quando ficar comprovado que a compensação de crédito a favor da contribuinte foi efetuada em seus registros contábeis, em datas anteriores ao procedimento de ofício.*

*Lançamento Procedente em Parte".*

Às fls. 744/784, a contribuinte, irresignada com a decisão proferida pela Primeira Instância de Julgamento Administrativo, interpôs recurso a este Segundo Conselho de Contribuintes, no qual repisa os argumentos trazidos na peça impugnatória. No tocante aos valores das diferenças apuradas compensações ressarcíveis do PIS e da Cofins, apuradas após diligência e mantidas pela decisão recorrida; requer sua inclusão no Programa Paes.

Consta arrolamento de bens e direitos.

É o relatório.





Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>23</u> / <u>08</u> / <u>07</u>
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442

2º CC-MF Fl. _____
--------------------------

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
NADJA RODRIGUES ROMERO

O recurso é tempestivo e reúne as demais condições de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Inicialmente cabe a apreciação de nulidade do lançamento argüida pela contribuinte na peça impugnatória e repetida no recurso ora em exame.

A contribuinte alega que a fiscalização, ao realizar o lançamento tributário, utilizou-se de elementos no auto de infração obtidos através de método de presunção, e considera que há imperfeições que o torna indevido. Aponta ainda erros materiais genéricos, dando como exemplo que no auto de infração o mês de março de 1997, identificado como não pago, em verdade estava pago. Assim, teria afrontado princípios da legalidade, as formalidades obrigatórias e as garantias constitucionais, nos termos das Súmulas do STF nºs 346 e 473.

Em relação ao lançamento do período de competência março de 1997, já foi devidamente esclarecido pela decisão recorrida que tal período não foi objeto de tributação como se observa à fl. 06, que a tributação se dá a partir de 01/04/1997.

A decisão recorrida rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração, em face de não terem ficado caracterizadas as hipóteses contidas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que rege o Processo Administrativo Fiscal - PAF, que assim dispõe:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Do exame dos autos constata-se que o lançamento tributário em questão foi formalizado pelo Fisco, conforme se depreende da leitura de fls. 03/08, respeitando todos os requisitos estabelecidos no art. 10 do citado dispositivo legal, integralmente transcrito abaixo:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

Em relação ao argumento da recorrente de que a exigência fiscal foi apurada pelo método da presunção, na Descrição dos Fatos, exigência contida no inciso III retrotranscrito, constata-se do auto de infração que a autoridade lançadora descreve todos os fatos que



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 08 / 07
 Celma Maria Albuquerque Mat. Siape 94442

2º CC-MF Fl. _____
--------------------------

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

redundaram na apuração da infração, tendo, ainda, nos demonstrativos anexos ao auto de infração, a base de cálculo apurada e o correspondente valor da contribuição devida, fls. 265 a 269, afastando a indicação de que a apuração se deu por método de presunção.

Assim, não há como acatar a alegação da recorrente da nulidade do lançamento por não ter cumprido as formalidades legais.

Também não pode prosperar o argumento da recorrente de que a autuação não respeitou o princípio da legalidade estatuído no art. 37 da Constituição Federal – 1988.

O lançamento tributário é ato administrativo vinculado que deve ser praticado pelos agentes fiscais quando observado o descumprimento da legislação tributária, fato que ocorreu no presente caso. As autoridades tributárias detêm competência exclusiva para constituição do crédito tributário de ofício, por força do princípio da estrita legalidade que os vincula às leis e aos atos complementares da legislação tributária.

Do exame dos autos constata-se que o auto de infração questionado contém todos os elementos previstos na legislação de regência para formalização da exigência fiscal, tendo, inclusive, seguido todos os regramentos formais para sua constituição.

As autoridades tributárias estão, pois, vinculadas às leis e aos atos complementares da legislação tributária, o que significa que deve agir estritamente de acordo com eles, não podendo deixar de aplicá-los. Inexiste, portanto, vinculação às alegadas súmulas do STF.

Ademais, a recorrente não explicita nas peças defensivas possíveis irregularidades no procedimento fiscal que pudessem ferir o princípio da legalidade. Ressalte-se que os erros materiais apontados foram corrigidos ou considerados inexistentes, de acordo com a diligência realizada e decisão proferida pela Primeira Instância.

Em relação ao mérito, as matérias objeto do recurso interposto pela recorrente são: a) majoração da alíquota de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento), nos moldes da Lei nº 9.718/98; b) valores de receitas não incluídos na base de cálculo da Contribuição; e c) multa de ofício e juros de mora, que passo a analisar cada uma em separado.

#### Majoração de Alíquota da Contribuição da Cofins.

A recorrente ingressou com o Mandado de Segurança de fls. 212/225, questionando a constitucionalidade e legalidade da ampliação da base de cálculo e da majoração da alíquota da Cofins, nos moldes da Lei nº 9.718/98. Tendo sido concedido medida liminar em parte, apenas em relação à ampliação da base de cálculo da Contribuição, conservando a alíquota de 3% prevista na Lei nº 9.718/98.

A Certidão expedida pelo TRF da 5ª Região (fl. 264) em 30/11/2001, confirma que "(...) a empresa apelante interpôs embargos de declaração, que foram julgados em sessão extraordinária da Turma em 20/11/2001, encontrando-se os autos nesta divisão de 3ª Turma, aguardando a publicação dos embargos de declaração".

Não consta nos autos que tenha ocorrido o julgamento definitivo da lide.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 23 / 08 / 02  
Celma Maria Albuquerque  
Mat. Siape 94442

2º CC-MF  
Fl.

O auto de infração em exame inclui os períodos de 01/04/1997 a 30/09/2001, sendo que, a partir de fevereiro de 1999, está ao abrigo da Lei nº 9.718/98, que a contribuinte está questionando no Poder Judiciário.

Assim, é de concluir pela concomitância entre as esferas administrativa e judicial, devendo prevalecer a decisão judicial sobre a decisão administrativa, em obediência ao princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988.

O processo administrativo é, assim, apenas uma alternativa, ou seja, uma opção, conveniente tanto para a administração como para o contribuinte, por ser um processo gratuito, sem a necessidade de intermediação de advogado e, geralmente, com maior celeridade que a via judicial.

Assim, a propositura de ação judicial pela contribuinte, quanto à mesma matéria, torna ineficaz o processo administrativo. Com efeito, em havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Ao contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa: basta imaginar um processo administrativo que, tramitando mesmo após a propositura de ação judicial, seja decidido após o trânsito em julgado da sentença judicial e no sentido contrário desta.

Ademais, a posição predominante sempre foi nesse sentido, como comprova o 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 e 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 de 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 do original)."*

Cabe ainda citar o Parecer PGFN nº 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello,



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 23 / 08 / 07	
<i>[Assinatura]</i>	
Celma Maria Albuquerque	
Mat. SIAPE 94442	

2º CC-MF  
Fl.

aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 a 34 assim esclarecem:

29. *Antes de prosseguir, cumpre esclarecer que o Conselho de Contribuintes, ao contrário do aventado na consulta, não tem entendimento diverso àquele que levou ao disposto no ADN n. 3/96. Conforme verifica-se, dentre inúmeros outros, dos acórdãos n. 02-02.098, de 13.12.98, 01-02.127, de 17.3.97, e 03-03.029, de 12.4.99, todos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), e 101-92.102, de 2.6.98, 101-92.190, de 15.7.98, 103-18-091, de 14.11.96, e 108.03.984, estes do Primeiro Conselho de Contribuintes, há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente argüição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário. O que ocorreu algumas vezes, e excepcionalmente ainda ocorre, é que há conselheiros – e, quiçá, certas Câmaras em certas composições – que assim não entendem, especialmente quando a ação judicial é anterior ao lançamento: alegam, aqui, que ninguém pode renunciar àquilo que ainda não existe. Nestes casos – isolados e cada vez mais excepcionais, repita-se – a PGFN, forte nos precedentes da CSRF acima referidos, vem sistematicamente levando a questão àquela superior instância, postulando e obtendo sua reforma neste particular.*

30. *Voltando ao tema do procedimento a adotar nos casos enunciados no item 28, preliminarmente anotamos que não nos parece existir qualquer distinção entre a ocorrência destas situações antes ou após o trânsito em julgado da decisão judicial menos favorável ao contribuinte, pois sendo a decisão administrativa imediatamente executável e mandatória à administração (art. 42, inciso II, do Decreto n. 70.235/72) – enquanto a decisão judicial será apenas declaratória dos interesses da Fazenda Nacional –, a situação de impasse se instalará qualquer que seja a posição processual do trâmite judicial.*

31. *No mérito, verifica-se que muitas destas situações são evitadas quando os agentes da administração tributária, conforme é da sua incumbência, diligenciam nos atos preparatórios do lançamento para verificar a existência de ação judicial proposta pelo contribuinte naquela matéria, ou ainda, preocupam-se em rapidamente informar aos órgãos julgadores (de primeira ou de segunda instância) acerca do mesmo fato quando identificado no curso de tramitação do processo administrativo. O mesmo se diga com a boa-fé processual que deve presidir as atitudes do contribuinte, pois que ele – mais que qualquer agente da administração – estaria em condições de informar no processo administrativo sobre a existência de ação judicial e igualmente informar no processo judicial acerca de eventual decisão na instância administrativa: no primeiro caso, o órgão administrativo deixaria de apreciar o litígio na matéria idêntica àquela de Juzida em juízo; no segundo caso, provavelmente o Poder Judiciário deixaria de enfrentar os temas já resolvidos pró-contribuinte na instância administrativa, até mesmo por superveniente carência de interesse da União; em qualquer hipótese, estaria evitado o conflito entre as jurisdições.*

32. *Naquelas ocorrências onde estas cautelas não são possíveis ou não atingem os efeitos almejados, temos que analisar o tema sobre duas óticas diversas: o primeiro, da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário; o segundo, da revisibilidade da decisão administrativa e dos procedimentos à realização deste intento.*

33. *Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional,*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

<b>MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL</b>
Brasília, <u>23 / 08 / 07</u>
 Celma Maria Albuquerque Mat. SIAPE 94442

2º CC-MF Fl. _____
--------------------------

*assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do judicium, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.*

*34. Ora, caracterizada a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa em matéria de legalidade, tem-se de verificar as possibilidades de revisão da decisão definitiva proferida pelo Conselho de Contribuintes quando, nesta específica hipótese, for menos favorável à Fazenda Nacional. A possibilidade da revisão existe, conforme comentado nos itens 3/10 supra, e sendo definitiva a decisão do Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 42 do Decreto n. 70.235/72 – pois se não for devem ser utilizados os competentes instrumentos recursais (recurso especial e embargos de declaração, este inclusive pelas autoridades julgadora de primeira instância e executora do acórdão) – resta apenas a cassação da decisão pelo Sr. Ministro da Fazenda, que pode ser total ou parcial, mas sempre vinculada apenas à parte confrontadora com o Poder Judiciário. Neste quadro, o exercício excepcional desta prerrogativa estaria assentado nas hipóteses de inequívoca ilegalidade (quando houver o confronto de posições tout court) ou abuso de poder (quando deliberadamente ignorada a submissão do tema ao crivo do Poder Judiciário), conforme o caso.”*

Dessa forma, uma vez que o presente litígio versa sobre matérias que estão em discussão na esfera judicial, que tem competência para dizer o direito em última instância, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento pela autoridade administrativa, não se deve conhecer das matérias objeto de ação judicial interposta pela contribuinte, relativa à majoração de alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, estabelecida na Lei nº 9.718/98.

Receitas não incluídas na base de cálculo da Cofins.

No que pertine às receitas não incluídas na base de cálculo da Cofins de valores não recebidos da EMTU, entendo impecáveis os argumentos expendidos pela Turma a quo recorrida, por isso adoto as razões do voto condutor do Acórdão recorrido, na sua integralidade, em relação a este item da autuação, como fundamento deste voto, que o transcrevo.

*“A contribuinte aponta vários dispositivos legais em sua defesa (art 5º da IN SRF 11, de 21/02/96, art. 5º da IN SRF 93, 24/12/97, art. 31 da Lei 9430/96 entre outros) em respaldo do que entende por receita bruta para, ao final, indicar que lançou em sua receita, valores que não recebeu da EMTU- Empresa Municipal de Transportes Urbanos, e que não importando em disponibilidades econômicas, deveria expurgar-se do conceito da receita bruta.”*

*Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal consta que nos períodos tributados, a base de cálculo utilizada é proveniente exclusivamente de receita de prestação de serviços, equivalendo que o faturamento se constitui a receita bruta. Verifica-se que os períodos tributados, conforme Demonstrativo de Apuração, fls. 9 a 12, compreendem de 01/04/1997 a 30/09/2001, estando, portanto, sob as disposições contidas na Lei Complementar 70/91 e a partir de fevereiro de 1999, da Lei 9718/98, que a seguir dispõem:*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 23 / 08 / 07  
Celma Maria Albuquerque  
Mat. SIAPE 94442

2º CC-MF  
Fl. \_\_\_\_\_

*Lei Complementar 70/91*

*Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.*

*Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

*Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:*

*a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destinado em separado no documento fiscal;*

*b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.*

*Lei 9718/98*

*Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

*Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

*§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*

*§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*

*I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;*

*(...)*

*IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.*

*(...)*

*Os dispositivos acima transcritos determinam que a tributação da contribuição incide sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza (L.C. 70/91) e à receita bruta da pessoa jurídica (Lei 9718/98). Determinam, igualmente, as situações de exclusão da receita para cálculo da contribuição.*

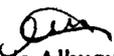


Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 23 / 08 / 07

  
Celma Maria Albuquerque  
Mat. SIAPE 94442

2º CC-MF  
Fl.

*Sobre exclusões de base de cálculo, deve-se observar o disposto no parágrafo sexto do artigo 150 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993:*

*“§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativas a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.” (Grifei)*

*Está determinado, portanto, que qualquer redução de base de cálculo de tributo será determinada através de dispositivo legal que a estabeleça.*

*A tributação da COFINS, por sua vez, atende ao princípio contábil de reconhecimento da receita pelo regime de competência prevista no parágrafo 1º do artigo 187, da Lei 6.404, de 1976, Lei das Sociedades por Ações, adiante transcrita. Por regime de competência entende-se que a receita deve ser reconhecida no período a que a mesma se referir, independentemente do efetivo recebimento, da inadimplência ou impontualidade do devedor.*

*Lei 6.404, de 1976:*

*Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:*

*I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;*

*II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;*

*III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;*

*IV - o lucro ou prejuízo operacional, as receitas e despesas não operacionais e o saldo da conta de correção monetária (artigo 185, § 3º);*

*V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;*

*VI - as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, e as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados;*

*VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.*

*§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:*

*a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e*

*b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.” (grifei)*

*A utilização da sistemática do regime de caixa (momento do efetivo recebimento) como defende a contribuinte, é possível apenas em alguns casos específicos, quando previstos, igualmente, na legislação.*

*Cabe frisar, conforme os dispositivos legais, anteriormente transcritos, L.C. 70/91 e Lei 9718/98, que a inadimplência de clientes ou valores não pagos por serviço prestado ou*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 23 / 08 / 07

  
Celma Maria Albuquerque  
Mat. Siape 94442

2º CC-MF  
Fl.

*mercadoria vendida não se configura nas situações de exclusões da receita bruta, cabendo concluir pela inexistência de previsão legal para atendimento do pleito da contribuinte.*

*Quanto à legislação citada em respaldo do conceito de receita bruta temos que a Instrução Normativa nº 11, de 21 de fevereiro de 1996, 'Dispõe sobre a apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas a partir do ano-calendário de 1996', a IN SRF 93, de 24/12/1997 'Dispõe sobre a apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas a partir do ano-calendário de 1997'. Por sua vez, o mencionado art. 31, parágrafo único, indicado pertencer à Lei 9430/96, trata de Imposto sobre Produtos Industrializados, quanto ao Contribuinte Substituto, resultando serem assuntos que não têm ligação direta com o tema abordado.*

*Multa de ofício e Juros de mora aplicados."*

No presente caso trata-se de lançamento de ofício, assim, o crédito tributário constituído deve ser acompanhado da multa e dos consectários legais previstos na legislação regulamentadora da matéria, emergindo daí, de forma inconteste, ter o atuante que utilizar-se do princípio da legalidade, de forma estrita, visto que a aplicação da multa no percentual em que foi, está regularmente definida em lei.

Assim sendo, como explicitado à fl. 09, a multa de ofício aplicada encontra amparo no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, legislação regularmente editada e que se encontrava em pleno vigor por ocasião da ocorrência dos fatos geradores e do lançamento, concluindo-se correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Portanto, correta a aplicação da multa no percentual de 75%.

Não merece também prosperar o argumento da recorrente de que não cabe a aplicação da taxa Selic aos juros de mora.

No que se refere aos juros de mora aplicados, frise-se que, como já dito, nesta espécie de lançamento, o crédito tributário deve estar acompanhado dos juros moratórios legais previstos na legislação regulamentadora da matéria, emergindo daí, de forma inconteste, ter o atuante que utilizar-se do princípio da legalidade, de forma estrita, visto que a aplicação dos juros, nos índices que foram, está regularmente definida em lei, conforme embasamento legal encontrado à fl. 09.

Quanto aos valores das diferenças apuradas das compensações ressarcíveis do PIS e da Cofins, mantidas pela decisão recorrida, a contribuinte apresenta sua conformidade, no entanto, requer sua inclusão no Programa de Parcelamento Especial - Paes, estabelecido na Lei nº 10.684/2003.

Cabe esclarecer que o referido dispositivo legal estabeleceu condições a serem atendidas pelo contribuinte optante pelo Programa de Parcelamento Especial - Paes, dos débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social. No caso de débito de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal deverá o contribuinte ingressar com o pedido na Unidade local da Secretaria da Receita Federal, que analisará se foram atendidos os demais requisitos para inclusão no Paes.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13401.000736/2001-04  
Recurso nº : 134.494  
Acórdão nº : 202-17.743

O que pretende, na realidade, a contribuinte, nesta fase recursal, é a inclusão de débitos no Paes lançados de ofício no auto de infração, que foram reconhecidos e não incluídos no Paes nos prazos fixados na norma legal instituidora do parcelamento.

Diante do exposto, conclui-se que o pedido de parcelamento dos débitos reconhecidos pela recorrente não pode ser dirigido a este Colegiado, mas no tempo hábil à Unidade da Secretaria da Receita Federal do domicílio da interessada, desde que atendidas as condições estabelecidas.

Assim, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto pela interessada.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007.

  
NADJA RODRIGUES ROMERO

