



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12/06/07
Rubrica

Processo nº : 10580-010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Recorrentes : DRJ EM SALVADOR – BA E SERTENGE S/A
Interessada : Sertenge S/A

COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES.

Correta a decisão que excluiu do lançamento nota fiscal cancelada ou de competência outra, e receitas estranhas à contribuinte.

DECADÊNCIA.

As contribuições sociais, dentre elas a referente à Cofins, embora não compoem o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhe forem específicas. À falta de lei complementar específica dispoem sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral, prevista no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do art. 150 do mesmo Código, hipótese em que o termo inicial para contagem do prazo de cinco anos é a data de ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

LANÇAMENTO. BASE DE CÁLCULO.

Art. 64 e parágrafos da Lei nº 9.430/96. É devida a exclusão da base de cálculo dos pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública a pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços, quando devidamente comprovada a sua retenção.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONSÓRCIO.

As convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Apurada a falta de recolhimento ou insuficiência de recolhimento do tributo, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

PROVA.

O ônus da prova cabe a quem alega. Meras alegações não são capazes de modificar o entendimento firmado anteriormente

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Ansch.
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Siape 1377389

1



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Siapc 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

quando desacompanhadas de documentos que façam prova incontestes.

DILIGÊNCIA. LIMITES OBJETIVOS.

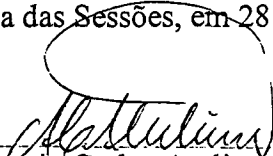
Destinam-se as diligências/perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para suprir a ausência de provas que já poderiam as partes ter juntado à impugnação ou para reabrir, por via indireta, a ação fiscal.

Recursos de ofício negado e voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DRJ EM SALVADOR – BA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício; II) em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos: a) por maioria de votos, para reconhecer a decadência em relação aos períodos encerrados até setembro de 1997. Vencidos os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Nadja Rodrigues Romero e Antonio Zomer, que votaram pela tese dos 10 anos; e b) por unanimidade de votos, para excluir do lançamento os valores retidos na fonte por órgãos públicos.**

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007:


Antonio Carlos Atulim
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente) e Ivan Allegretti (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmeikal	
Mat. Siapc 1377389	

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Recorrentes : DRJ EM SALVADOR – BA e SERTENGE S/A

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, nos períodos de apuração de 31/01/1997 e 28/02/1997, 31/05/1997 a 31/12/1997, 28/02/1998 a 31/05/1998, 31/08/1998 a 31/12/1998, 28/02/1999 a 30/06/2001 e 31/08/2001 a 31/12/2001.

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

“Trata-se o processo de Auto de Infração, fls. 05/07 e Demonstrativos de fls. 08/14, lavrado contra o contribuinte acima identificado, que pretende a cobrança de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativa aos períodos de apuração discriminados, com base no artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, art. 77, III, do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943; at. 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999 e da Medida Provisória nº 1.858, de 1999 e alterações.

2. O autuante informa que a fiscalização objetivou verificar o cumprimento das obrigações tributárias, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 16/17, e que em procedimento de verificações preliminares e confronto dos valores apurados da Cofins de 1997 a 2001, a partir dos Livros Razão da contribuinte, com os valores declarados e/ou recolhidos, constatou insuficiência de recolhimentos, para as quais a contribuinte informou que questionou judicialmente a constitucionalidade da referida exação, através do processo nº 96.10876-5, apresentando cópias dos depósitos judiciais na conta nº 701092-4, da agência 0640, Caixa Econômica Federal, tendo esta ação sido julgada improcedente.

3. Informa ainda que a partir dos ‘Demonstrativos da Base de Cálculo da COFINS’ para cada ano-calendário comparou com os valores declarados e/ou recolhidos, sendo que na coluna nº 03, considerou os recolhimentos efetuados por todos os estabelecimentos - matriz e filiais, bem como os depósitos judiciais efetuados durante o ano de 1997, e os valores incluídos no REFIS pela matriz, conforme Declaração REFIS anexa, conforme ‘Demonstrativos da Situação Fiscal Apurada’.

4. A contribuinte foi cientificada do lançamento em 07/10/2002 (fl. 05) e apresenta, em 06/11/2002, a impugnação de fls. 406/415, alegando em sua defesa, em síntese:

- Preliminarmente requer o cancelamento dos lançamentos efetuados no período de janeiro a setembro de 1997 por conta da decadência e prescrição, em conformidade com o art. 150, § 4º do CTN, e inciso VI do artigo 156 da Constituição Federal, sendo nulos estes lançamentos;*
- Quanto ao mérito foram cometidos erros de soma dos valores faturados, inobservando os créditos fiscais, incluindo na base de cálculo faturas canceladas, duplicado o valor das faturas, conforme irá demonstrar;*
- De julho a dezembro de 1997 efetuou a planilha 01 e 02 para demonstrar que o lançamento realizado desde julho de 1997 inclui duplicidade de valores já tributados na*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Ansch.
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Stape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

fonte, na forma do disposto no artigo 64 e §§ da Lei nº 9.430/96, relativos aos pagamentos feitos por órgãos, autarquias e fundações da administração pública a pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços;

• No mesmo mês de julho exemplifica a fatura nº 01655 referente à obra 124 de Sílvio Leal – URBIS, alertando que houve lançamento a maior, uma vez que foi considerado o total da fatura escriturado como receita de obras e mais o rateio da parte da receita de responsabilidade da atuada lançada a crédito na conta receita e consórcio, conforme fl.167 do Livro Razão, cabendo o lançamento somente de (...), entendendo ainda que deve ser excluído o valor de (...) referente a obra URBIS – 125 uma vez que o valor foi transferido para apropriação da receita de consórcio;

• Nos meses seguintes descreve que foram cometidos os mesmos erros, citando os valores e a obra vinculada, discriminando a escrituração efetuada à folha do Livro Razão;

• Ainda em 1997, a fiscalização adicionou à base de cálculo, ao invés de excluir, os valores referentes à Devolução de Poupança (não é ativo financeiro e sim forma de antecipação de pagamento de imóveis construídos), nos valores de (...) nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro, respectivamente, e à Devolução de Vendas nos valores de (...) nos meses de julho a dezembro, respectivamente, vide planilhas 01 e 02;

• Quanto ao ano de 1998, foram repetidos os mesmos enganos do ano anterior, para o qual identifica as obras cujos valores foram erroneamente computados na base de cálculo da Cofins (OBRA 124 URBIS, 125 – URBIS, 128 – URBIS e 133 – João de Barro);

• Na realização desta e de outras obras públicas a atuada participou de Consórcio com outra empresa, a SARTI MENDONÇA ENGENHARIA LTDA – CNPJ nº 34.348.300/0001-88 conforme consta do Contrato de constituição de Consórcio devidamente registrado no Cartório de Títulos que ora anexa;

• No ano de 1998 tributou em duplicidade os valores das obras feitas através do consórcio, discriminados na planilha anexa à impugnação, referentes às Obras URBIS 124 e 128; 133 João de Barro, Obra 138 CHS-IPAC e Obra 146 Itanhaga I, com os registros dos valores efetivos conforme Livro Razão, quanto à Obra URBIS 125, os valores lançados devem ser totalmente excluídos por terem sido transferidos para apropriação de receitas do Consórcio;

• Não foram computados os créditos referentes ao pagamento em Juízo da Cofins, nos valores de (...) nos meses janeiro a março e junho a dezembro, respectivamente;

• No mesmo período foram adicionados à base de cálculo os valores referentes à Devolução de Poupança e Devolução de Vendas, quando o correto seria excluí-las uma vez que não se refere a faturamento, vide planilha;

• Considerou como valor tributável a nota fiscal nº 001737, no valor de (...) emitida em 11/02 contra a Prefeitura Municipal de Linhares/ES e cancelada conforme Ofício nº 0057/98, de 02/03/1998, devendo por isso ser excluída da base de cálculo, vide planilhas 03 e 04;

• No ano de 1999, o engano da auditora foi considerar na base de cálculo da contribuição os valores referentes a obras contratadas junto a órgãos públicos federais (Obra do Consórcio George Américo – Condomínio Residencial em Feira de Santana e Obra 156 Hospital Prof. Edgard Santos – HUPES – Universidade Federal da Bahia) e



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u>
<i>Anscl.</i> Andreza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

não aproveitar os créditos fiscais de tributação na fonte, conforme art.64 da Lei nº 9.430/96;

• Ao registrar e emitir a fatura excluiu o valor da mesma da base de cálculo por conta da tributação na fonte e deste modo não ocorre nenhum prejuízo ao Tesouro Nacional visto ter sido antecipada a tributação dos valores respectivos, devendo ser excluídos do demonstrativo da base de cálculo todos os valores incluídos referentes a essas duas obras;

• Devem ser consideradas as importâncias pagas em juízo nos valores de (...) relativas a janeiro e maio, respectivamente e como nos anos anteriores devem ser excluídos da base de cálculo da contribuição os valores referentes à Devolução de Poupança e de Vendas, vide planilha 05 e 06;

• No ano de 2000, devem ser excluídos os valores lançados quanto à Devolução de Vendas e de Poupança e como nos anos anteriores realizou obras para órgãos públicos federais, além do Conjunto George Américo e Hospital Prof Edgard Santos/UFBA, teve realizada a Obra 160 para a Justiça Federal, sob o regime de tributação na fonte, que devem ser excluídos, vide planilhas 07 e 08;

• No ano de 2001, além do lançamento dos valores já tributados na fonte, Obra 160 da Justiça Federal e 156 do Hospital Prof Edgard Santos/UFBA, sem o devido aproveitamento do respectivo crédito fiscal, além das Devoluções de Vendas e de Poupança. No mês de janeiro ao lançar os valores faturados pela empresa contra a Obra 160-Justiça Federal, a fiscalização considerou o valor de (...) quando o correto seria (...) conforme consta das notas fiscais/faturas nº 2107 a 2110 e 2116 a 2119, cópias anexas, vide planilhas 09 e 10;

• Conforme planilha 11, onde estão demonstrados os valores devidos e pagos, a autuada é devedora da contribuição apenas nos meses de abril, setembro e dezembro de 1999, nos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro do ano de 2000 e nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2001, e considerando os valores constantes das planilhas de nº 01 a 11 deve ser observada a correção dos valores requeridos nesta impugnação.

5. Aos autos foram anexados os documentos de fls.379/416."

Por meio do Acórdão DRJ/SDR Nº.07.883, de 15 de agosto de 2005, os Membros da Quarta Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Salvador - BA decidiram, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, pela procedência em parte do lançamento relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Período de apuração: 01/01/1997 a 28/02/1997, 01/05/1997 a 31/12/1997, 01/02/1998 a 31/05/1998, 01/07/1998 a 31/12/1998, 01/02/1998 a 30/06/2001, 01/08/2001 a 31/12/2001

Ementa: NULIDADE.

Não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em anulação ou invalidação do auto de infração.

CONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmcikal
Mat. Siape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

À autoridade administrativa falece competência para apreciar a constitucionalidade ou legalidade de legislação aplicável.

DECADÊNCIA. COFINS.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à Cofins é de dez anos.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Apurada a falta de recolhimento da Cofins, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

CONSÓRCIO DE EMPRESAS

O consórcio, constituído nos termos dos artigos 278 e 279 da Lei das Sociedades Anônimas não possui personalidade jurídica própria, mantendo-se a autonomia jurídico-tributária de cada uma das consorciadas. Em face disso, apenas a parcela do resultado correspondente à participação da consorciada irá compor a base de cálculo da contribuição.

Lançamento Procedente em Parte”.

Houve interposição de recurso de ofício quanto ao crédito exonerado, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 1993, e pelo art. 2º da Portaria MF nº 375, de 07 de dezembro de 2001.

Inconformada com a decisão prolatada pela primeira instância, a contribuinte apresenta recurso voluntário a este Eg. Conselho, no qual, em síntese e fundamentalmente, alega preliminar de decadência para o período lançado entre janeiro e setembro de 1997, citando jurisprudência a respeito e reitera os demais itens de sua impugnação elencando, como fundamentação, os seguintes motivos, que:

- a) não foram considerados os créditos fiscais, incluídos na base de cálculo, faturas canceladas e duplicidade de valores das respectivas faturas;
- b) não foram consideradas as duplicidades de valores da base de cálculo, relativos a faturamentos já tributados na fonte por força do disposto no art. 64 e parágrafos da Lei nº 9.430/96, que trata de pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública a pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços;
- c) não foram considerados os valores pagos a maior da Contribuição, a título de pagamentos, parcelamentos via Refis/Paes, compensações e depósitos judiciais;
- d) não foram considerados os valores correspondentes a devolução de vendas por distratos com clientes promitentes compradores de imóveis produzidos pela recorrente redutores da base de cálculo oferecida pela tributação;
- e) houve duplicidade de valores da base de cálculo relativo a lançamento contábil de receitas auferidas por consorciada ostensiva – Sarti Mendonça Engenharia Ltda., única geradora dos faturamentos objeto de contrato celebrado com órgão da Administração Pública.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Ansch.
Andreza Nascimento Schmeikal
Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Com base nos itens acima, a contribuinte requereu diligência com vistas a dirimir as dúvidas levantadas e extensão dessa diligência aos órgãos públicos para os quais prestou serviços.

Por fim, a contribuinte juntou novos documentos, com os quais pretende demonstrar a retenção da contribuição pelas contratantes, Universidade Federal da Bahia e Justiça Federal, além de cópias dos contratos de empreitada da obra George Américo, celebrado entre a empresa Sarti Mendonça Engenharia Ltda. e a Urbis S/A, dos quais alega não ter participado, razão porque não efetuou o recolhimento da contribuição.

Consta dos autos arrolamento de bens e direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceituam o art. 33, § 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e a Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmeikal
Mat. SIAPE 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

Os recursos voluntário e de ofício atendem aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração, exigindo da recorrente a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, nos períodos de apuração de 31/01/1997 e 28/02/1997, 31/05/1997 a 31/12/1997, 28/02/1998 a 31/05/1998, 31/08/1998 a 31/12/1998, 28/02/1999 a 30/06/2001 e 31/08/2001 a 31/12/2001.

Passo primeiramente à análise do recurso de ofício. Para melhor análise, reproduzo excertos da decisão recorrida:

“23. Quanto às apontadas divergências alegadas pela interessada relativamente aos valores registrados no Livro Razão nas contas 4.1.1.1.01 ... (das OBRAS – URBIS 124, 125, 128 e 133), para o qual foi registrado a crédito a operação discriminada ‘VI. Fatura nº...’ e a débito de mesmo valor discriminada como ‘VI. Transf. P/ Apropriação Receita ao Consórcio’, que a contribuinte aponta na impugnação ser somente apropriável como receita da empresa o valor creditado discriminado como ‘VI. Referente Rateio Consórcio URBIS’, verifica-se que são procedentes em parte tais argumentos.

24. Nos autos consta cópia do consórcio firmado entre si e a SARTI Mendonça em (fls.456/460 e 461/465), para execução da Obra das Ruas do Bairro George Américo, Contrato 186/98, em Feira de Santana, concernente a contrato firmado entre a SARTI e a URBIS (fls.805/819). A SARTI Mendonça firmava contratos com a URBIS desde 24/02/1996, quando assumiu a cessão de contrato firmado pela MRM Construtora e a URBIS (fls.805/877).

25. A Instrução Normativa DNRC nº 74, de 28 de dezembro de 1998, dispõe sobre os atos de constituição, alteração e extinção de Consórcio, para disciplinar e uniformizar a constituição, dispondo sobre as obrigatoriedades que devem conter o contrato.

26. O art. 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.), disciplina a constituição do instituto do consórcio, dispondo, em seu § 1º, que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

(...)

27. A Instrução Normativa SRF nº 105, de 19 de outubro de 1984, ao disciplinar a tributação dos rendimentos decorrentes dos consórcios constituídos na forma da Lei nº 6.404, de 1976, assim dispõe:

(...)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08, 05, 2007
Ansch.
Andreza Nascimento Schincikal
Mat. Siape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

2. Os rendimentos decorrentes de suas atividades, referidos no item anterior, estão sujeitos ao mesmo regime tributário aplicável às pessoas jurídicas.

28. O Ato Declaratório (Normativo) CST nº 21, de 08 de novembro de 1984, no intuito de esclarecer o disposto na Instrução Normativa acima citada, declarou que:

(...)

1 - o fato de aplicar-se aos consórcios (constituídos na forma dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76) o mesmo regime tributário a que estão sujeitas as pessoas jurídicas, não os obriga, nem autoriza, a apresentar declaração de rendimentos;

2 - para efeito de aplicação do referido regime tributário, os rendimentos decorrentes das atividades (principais e acessórias) desses consórcios devem ser computados nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento;

3- pelos consórcios a que se refere o item 1 será compensado na declaração de rendimentos das pessoas jurídicas consorciadas, no exercício financeiro competente, proporcionalmente à participação contratada e observado o disposto no artigo 7º do Decreto-lei nº 2.072, de 20.12.83.'

29. Não sendo o consórcio pessoa jurídica, cada uma das empresas participantes deverá apropriar individualmente suas receitas e despesas, proporcionalmente à sua participação percentual no rateio do empreendimento, e computá-las na determinação das bases de cálculo dos tributos e contribuições, observado o regime tributário a que estão sujeitas no ano-calendário correspondente (lucro real, presumido ou arbitrado).

(...)

31. Deste modo, há que se retificar os valores das bases de cálculo dos períodos-base relativos aos de 1997 e 1998, conforme planilhas abaixo. A seguir a planilha relativa à apuração da base de cálculo do ano de 1997:

(...)

32. Quanto ao ano de 1998, verifica-se ainda que cabe razão à contribuinte quanto ao questionamento referente à nota fiscal nº 1737, data de emissão 11/02/98, no valor de (...) — OBRA 140 Linhares (fl.475), que havia sido cancelada pelo Ofício de fl.474, datado de 02/03/1998, em razão deste valor ter sido adicionado à base de cálculo do período de apuração de fevereiro/1998, cuja exclusão consta à fl.211.

33. Assim, além da exclusão mencionada no parágrafo anterior, cabem ainda as alterações concernentes aos valores de receitas a serem apropriadas em razão do rateio do consórcio, já citadas neste voto, conforme demonstrativo a seguir: (...)

(...)

... A que se ressaltar quanto à argüição para fins de receita da Obra 160 da Justiça Federal no valor de (...) no mês de janeiro/2001, que procede a argüição da interessada, cabendo sua exclusão, uma vez que é possível observar a prática da contribuinte de escriturar com a seguinte discriminação 'Valor Transferido de diferido, retorno de obra curto prazo', valores que não compõem a receita do mês. Como se pode verificar em outras contas, as quais assim não foram consideradas como receita, pela fiscalização, a exemplo Obra 161, neste mesmo mês, no qual se considerou como receita tributável o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmickal
Mat. SIAPE 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

valor diferido de (...) e não (...) (fl. 1032 confrontada com a fl. 26, e ainda outros exemplos Obra 149, de fl. 983 vs. 24), esta é uma prática adotada pela escrituração."

Pelo acima transcrito e análise da documentação acostada aos autos o que se extrai é que a exoneração dos valores decorreu dos seguintes equívocos: o primeiro (base de cálculo dos períodos-base relativos aos de 1997 e 1998) diz respeito ao lançamento pelo valor total da receita do "consórcio" quando o correto é somente o correspondente ao rateio lhe cabe à autuada. O segundo equívoco, refere-se ao ano de 1998, quanto da verificação da Nota Fiscal 1737, data de emissão 11/02/98, OBRA 140 Linhares (fl. 475), que havia sido cancelada pelo Ofício de fl.474, datado de 02/03/1998, em razão deste valor ter sido adicionado à base de cálculo do período de apuração de fevereiro/1998, cuja exclusão consta à fl. 211. O terceiro, decorrente de erro no lançamento ao se considerar valores que não compõem a receita do mês.

Destarte, por concordar com a decisão prolatada voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Passo à análise do recurso voluntário.

As matérias em discussão no que pertine ao recurso voluntário, alegadas pela recorrente, objeto de análise, podem ser assim agrupadas:

I- Em preliminar de mérito:

- da decadência;

II - No mérito:

- quanto à base de cálculo a recorrente se insurge quanto aos seguintes itens:

1 - "*Não foram considerados os créditos fiscais incluídos na base de cálculo, faturas canceladas e duplicidade de valores das respectivas faturas*".

2 - "*Não foram consideradas as duplicidade de valores da base de cálculo relativos a faturamentos já tributados na fonte por força do disposto no artigo 64 e parágrafos da Lei nº 9.430/96, que trata de pagamentos efetuados por Órgãos, Autarquias e Fundações da administração pública a pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços*;

3 - "*Não foram considerados os valores pagos a maior da Contribuição a título de pagamentos, parcelamentos via REFIS/PAES, compensações e depósitos judiciais, conforme se observa da própria Decisão e demonstrativos inclusos à mesma*".

4 - "*Não foram considerados os valores correspondentes a DEVOLUÇÃO DE VENDAS por distratos com clientes promitentes compradores de imóveis produzidos pela Recorrente redutores da Base de Cálculo oferecida para tributação*".

5 - "*Duplicidade de valores de Base de Cálculo relativo a lançamento contábil de receitas auferidas por consorciada ostensiva - SARTI MENDONÇA ENGENHARIA LTDA., única geradora dos faturamentos objeto de contrato celebrado com órgão da administração pública*".

- por último, solicita diligência.

I - PRELIMINAR - DECADÊNCIA:

Preliminarmente alega a contribuinte a figura da decadência do período lançado entre janeiro e setembro de 1997.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schuncikal Mat. Siape 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Verifica-se que a ciência do auto de infração ocorreu em 07/10/2002 (fl. 05), para lançar a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins relativamente aos períodos de apuração de 31/01/1997 e 28/02/1997, 31/05/1997 a 31/12/1997, 28/02/1998 a 31/05/1998, 31/08/1998 a 31/12/1998, 28/02/1999 a 30/06/2001 e 31/08/2001 a 31/12/2001.

A decisão recorrida entende que, em matéria de Cofins, deve ser aplicada a regra inserida no art. 45 da Lei nº 8.212/91, que estabelece o prazo de 10 anos.

Na essência dos fatos, tem-se que o centro de divergência reside na interpretação dos preceitos inseridos nos arts. 150, § 4º, e 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, e na Lei nº 8.212/91, em se saber, basicamente, qual o prazo de decadência para as contribuições sociais, se é de 10 ou de 5 anos.

A análise dos institutos da prescrição e da decadência, em matéria tributária, ganhou especial relevo com alguns julgados ocorridos no passado, provenientes do Superior Tribunal de Justiça, merecendo estudo mais aprofundado, na interpretação dos dispositivos aplicáveis, especialmente quanto aos tributos cujo lançamento se verifica por homologação.

Tanto a decadência como a prescrição são formas de perecimento ou extinção de direito. Fulminam o direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, mantendo-se inativo. Pressupõem, ambas, dois fatores: a inércia do titular do direito; e o decurso de certo prazo, legalmente previsto. Mas a decadência e a prescrição distinguem-se em vários pontos, a saber: a) a decadência fulmina o direito material (o direito de lançar o tributo, direito irrenunciável e necessitado, que deve ser exercido), em razão de seu não exercício durante o decurso do prazo, sem que tenha havido nenhuma resistência ou violação do direito; já a prescrição da ação, supõe uma violação do direito do crédito da Fazenda, já formalizado pelo lançamento, violação da qual decorre a ação, destinada a reparar a lesão; b) a decadência fulmina o direito de lançar o que não foi exercido pela inércia da Fazenda Pública, enquanto que a prescrição só pode ocorrer em momento posterior, uma vez lançado o tributo e descumprido o dever de satisfazer a obrigação. A prescrição atinge assim, o direito de ação, que visa a pleitear a reparação do direito lesado; c) a decadência atinge o direito irrenunciável e necessitado de lançar, fulminando o próprio direito de crédito da Fazenda Pública, impedindo a formação do título executivo em seu favor e podendo, assim, ser decretada de ofício pelo juiz.¹

O sujeito ativo de uma obrigação tem o direito potencial de exigir o seu cumprimento. Se, porém, a satisfação da obrigação depender de uma providência qualquer de seu titular, enquanto essa providência não for tomada, o direito do sujeito ativo será apenas latente. Prescrevendo a lei um prazo dentro do qual a manifestação de vontade do titular em relação ao direito deva se verificar e se nesse prazo ela não se verifica, ocorre a decadência, fazendo desaparecer o direito. O direito caduco é igual ao direito inexistente.²

Enquanto a decadência visa extinguir o direito, a prescrição extingue o direito à ação para proteger um direito. Na verdade a distinção entre prescrição e decadência pode ser assim resumida: A decadência determina também a extinção da ação que lhe corresponda, de

¹ Aliomar Baleeiro - *Direito Tributário Brasileiro* - 11ª edição - atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi - Ed. Forense - 1990 - pág. 910).

² Fábio Fanucchi, *A decadência e a Prescrição em Direito Tributário*, Ed. Resenha Tributária, SP, 1976, pp.15-16.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Andrezza Nascimento Schmeikal</i> Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siape 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

forma indireta, posto que lhe faltará um pressuposto essencial: o objeto. A prescrição retira do direito a sua defesa, extinguindo-o indiretamente.

Na decadência o prazo começa a correr no momento em que o direito nasce, enquanto na prescrição esse prazo inicia no momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, já que é nesse instante que nasce o direito à ação, contra a qual se opõe o instituto. A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu por falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida.

Por outro lado, há de se questionar se a Cofins deve observar as regras gerais do CTN ou a estabelecida por uma lei ordinária (Lei nº 8.212/91), posterior à Constituição Federal.

A Lei nº 8.212/91, republicada com as alterações no DOU de 11/04/96, no art. 45, diz que o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos contados na forma do art. 173, incisos I e II, do CTN. O art. 45 da Lei nº 8.212/91 não se aplica à Cofins, uma vez que aquele dispositivo se refere ao direito de a Seguridade Social constituir seus créditos, e, conforme previsto no art. 33 da Lei nº 8.212/91, os créditos são constituídos pela Secretaria da Receita Federal, órgão que não integra o Sistema da Seguridade Social.

Dispõem os mencionados dispositivos legais, *verbis*:

"Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 'd' e 'e' do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente". (grifei)

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 1º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.

§ 2º Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição do segurado.

§ 3º No caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os artigos 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>09</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Anschi</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. SIAPE 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

§ 4º Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.

§ 5º O direito de pleitear judicialmente a desconstituição de exigência fiscal fixada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS no julgamento de litígio em processo administrativo fiscal extingue-se com o decurso do prazo de 180 dias, contado da intimação da referida decisão.

§ 6º O disposto no § 4º não se aplica aos casos de contribuições em atraso a partir da competência abril de 1995, obedecendo-se, a partir de então, às disposições aplicadas às empresas em geral."

Assim, em se tratando de Cofins, a aplicabilidade do mencionado art. 45 tem como destinatário a seguridade social, mas as normas sobre decadência nele contidas direcionam-se, apenas, às contribuições previdenciárias, cuja competência para constituição é do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Para as contribuições cujo lançamento compete à Secretaria da Receita Federal, o prazo de decadência continua sendo de cinco anos, conforme previsto no CTN.

Oportuno deixar explícito, que em momento algum esta Conselheira afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.212/91 por fazer juízo quanto a ilegalidade ou não dessa lei. Defendo, como acima explicitado, e fundamentalmente, que o afastamento da Lei nº 8.212/91 se verifica apenas e tão-somente pela impertinência ao caso, conforme acima demonstrado.

Afastada a aplicação da Lei nº 8.212/91, resta analisar se a contagem deve obedecer ao art. 150, § 4º, ou à do art. 173 do CTN.

Caracteriza-se o lançamento da Contribuição como da modalidade de "lançamento por homologação", que é aquele cuja legislação atribui ao sujeito passivo a obrigação de, ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa.

Ciente, pois, dessa informação, dispõe o Fisco do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para exercer seu poder de controle. É o que preceitua o art. 150, § 4º, do CTN, *verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Sobre o assunto, tomo a liberdade de transcrever parte do voto prolatado pelo Conselheiro Urgel Pereira Lopes, Relator-Designado no Acórdão CSRF/01-0.370, que acolho por inteiro, no qual, analisando exaustivamente a matéria sobre decadência, assim se pronunciou:

" (...) Em conclusão :

a) nos impostos que comportam lançamento por homologação a exigibilidade do tributo independe de prévio lançamento;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Ansch.
Andreza Nascimento Schmcikal
Mat. Siape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

b) o pagamento do tributo, por iniciativa do contribuinte, mas em obediência a comando legal, extingue o crédito, embora sob condição resolutória de ulterior homologação;

c) transcorrido cinco anos a contar do fato gerador, o ato jurídico administrativo da homologação expressa não pode mais ser revisto pelo fisco, ficando o sujeito passivo inteiramente liberado;

d) de igual modo, transcorrido o quinquênio sem que o fisco se tenha manifestado, dá-se a homologação tácita, com definitiva liberação do sujeito passivo, na linha de pensamento de SOUTO MAIOR BORGES, que acolho por inteiro;

e) as conclusões de 'c' e 'd' acima aplicam-se (ressalvando os casos de dolo, fraude ou simulação) às seguintes situações jurídicas (I) o sujeito passivo paga integralmente o tributo devido; (II) o sujeito passivo paga tributo integralmente devido; (III) o sujeito passivo paga o tributo com insuficiência; (IV) o sujeito passivo paga o tributo maior que o devido; (V) o sujeito passivo não paga o tributo devido;

f) em todas essas hipóteses o que se homologa é a atividade prévia do sujeito passivo. Em casos de o contribuinte não haver pago o tributo devido, dir-se-ia que não há atividade a homologar. Todavia, a construção de SOUTO MAIOR BORGES, compatibilizando, excelentemente, a coexistência de procedimento e ato jurídico administrativo no lançamento, à luz do ordenamento jurídico vigente, deixou clara a existência de uma ficção legal na homologação tácita, porque nela o legislador pôs na lei a idéia de que, se toma o que não é como se fosse, expediente de técnica jurídica da ficção legal. Se a homologação é ato de controle da atividade do contribuinte, quando se dá a homologação tácita, deve-se considerar que, também por ficção legal, deu-se por realizada a atividade tacitamente homologada."

Ainda sobre a mesma matéria, trago à colação o Acórdão nº 108-04.974, de 17/03/98, prolatado pelo ilustre Conselheiro JOSÉ ANTÔNIO MINATEL, cujas conclusões acolho e, reproduzo, em parte:

"Impende conhecermos a estrutura do nosso sistema tributário e o contexto em que foi produzida a Lei 5.172/66 (CTN), que faz as vezes da lei complementar prevista no art. 146 da atual Constituição. Historicamente, quase a totalidade dos impostos requeriam procedimentos prévios da administração pública (lançamento), para que pudessem ser cobrados, exigindo-se, então, dos sujeitos passivos a apresentação dos elementos indispensáveis para a realização daquela atividade. A regra era o crédito tributário ser lançado, com base nas informações contidas na declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Confirma esse entendimento o comando inserto no artigo 147 do CTN, que inaugura a seção intitulada 'Modalidades de Lançamento' estando ali previsto, como regra, o que a doutrina convencionou chamar de 'lançamento por declaração' Ato contínuo, ao lado da regra geral, previu o legislador um outro instrumento à disposição da administração tributária (art. 149), antevendo a possibilidade de a declaração não ser prestada (inciso II), de negar-se o sujeito passivo a prestar os esclarecimentos (inciso III), da declaração conter erros, falsidades ou omissões (inciso IV), e outras situações ali arroladas que pudessem inviabilizar o lançamento via declaração, hipóteses em que agiria o sujeito ativo, de forma direta, ou de ofício para formalizar a constituição do seu crédito tributário, daí o consenso doutrinário no chamado lançamento direto, ou de ofício.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 08 / 05 / 2007

Andreza Nascimento Schuncikal
Mat. Siga 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Não obstante estar fixada a regra para formalização dos créditos tributários, ante a vislumbrada incapacidade de se lançar, previamente, a tempo e hora, todos os tributos, deixou em aberto o CTN a possibilidade de a legislação, de qualquer tributo, atribuir '... ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' (art. 150), deslocando a atividade de conhecimento dos fatos para um momento posterior ao do fixado para cumprimento da obrigação, agora já nascida por disposição da lei. Por se tratar de verificação a posteriori, convencionou-se chamar essa atividade de homologação, encontrando a doutrina ali mais uma modalidade de lançamento – lançamento por homologação.

Claro está que essa última norma se constituía em exceção, mas que, por praticidade, comodismo da administração, complexidade da economia, ou agilidade na arrecadação, o que era exceção virou regra, e de há bom tempo, quase todos os tributos passaram a ser exigidos nessa sistemática, ou seja, as suas leis reguladoras exigem o '... pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'.

Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos – lançamento por declaração, hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma estipulada pela legislação, sem exame prévio do sujeito ativo – lançamento por homologação, que, a rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se a existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Essa digressão é fundamental para deslinde da questão que se apresenta, uma vez que o CTN fixou períodos de tempo diferenciados para essa atividade da administração tributária.

Se a regra era o lançamento por declaração, que pressupunha atividade prévia do sujeito ativo, determinou o art. 173 do código, que o prazo quinquenal teria início a partir 'do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' imaginando um tempo hábil para que as informações pudessem ser compulsadas e, com base nelas, preparado o lançamento. Essa a regra da decadência.

De outra parte, sendo exceção o recolhimento antecipado, fixou o CTN, também, regra excepcional de tempo para a prática dos atos da administração tributária, onde os mesmos 5 anos já não mais dependem de uma carência inicial para o início da contagem, uma vez que não se exige a prática de atos administrativos prévios. Ocorrido o fato gerador, já nasce para o sujeito passivo a obrigação de apurar e liquidar o tributo, sem qualquer participação do sujeito ativo que, de outra parte, já tem o direito de investigar a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo a cada fato gerador, independente de qualquer informação ser-lhe prestada.' (grifo nosso)

É o que está expresso no parágrafo 4º, do artigo 150, do CTN, in verbis:

'Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.'



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmicikal
Mat. Siape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Entendo que, desde o advento do Decreto-lei 1.967/82, se encaixa nesta regra a atual sistemática de arrecadação do imposto de renda das empresas, onde a legislação atribui às pessoas jurídicas o dever de antecipar o pagamento do imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa, impondo, inclusive, ao sujeito passivo o dever de efetuar o cálculo e apuração do tributo e/ou contribuição, daí a denominação de "auto-lançamento."

Registro que a referência ao formulário é apenas reforço de argumentação, porque é a lei que cria o tributo que deve qualificar a sistemática do seu lançamento, e não o padrão dos seus formulários adotados.

Refuto, também, o argumento daqueles que entendem que só pode haver homologação de pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo Fisco decorre da insuficiência de recolhimentos, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do CTN. (grifo nosso)

Nada mais falacioso. Em primeiro lugar, porque não é isto que está escrito no caput do art. 150 do CTN, cujo comando não pode ser sepultado na vala da conveniência interpretativa, porque, queiram ou não, o citado artigo define que 'o lançamento por homologação opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa'.

O que é passível de ser ou não homologada é a atividade exercida pelo sujeito passivo, em todos os seus contornos legais, dos quais sobressaem os efeitos tributários. Limitar a atividade de homologação exclusivamente à quantia paga significa reduzir a atividade da administração tributária a um nada, ou a um procedimento de obviedade absoluta, visto que toda quantia ingressada deveria ser homologada e, a 'contrário sensu', não homologado o que não está pago.

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, é certo que a avaliação da suficiência de uma quantia recolhida implica, inexoravelmente, no exame de todos os fatos sujeitos à tributação, ou seja, o procedimento da autoridade administrativa tendente à homologação fica condicionado ao 'conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado', na linguagem do próprio CTN."

Assim, tendo em vista que a regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento e; tendo a Cofins natureza tributária, cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, amoldando-se à sistemática de lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral estatuída no art. 173 do CTN, para encontrar respaldo no § 4º do art. 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

Como a inércia da Fazenda Pública homologa tacitamente o lançamento e extingue definitivamente o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (CTN, art. 150, § 4º), o que não se tem notícia nos autos, entendo decadente o direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário relativamente à Cofins, para os fatos geradores ocorridos antes de 10/1997, eis que a ciência do auto de infração se verificou em 07/10/2002 (fl. 05).

II – MÉRITO - DA PROVA:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 08 / 05 / 2007 Andreza Nascimento Schmicikal Mat. Siape 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Oportuno primeiramente trazer comentários sobre a prova no processo administrativo.

Cabe observar que a contribuinte separa suas alegações em 5 itens, e ao contrário do ocorrido por ocasião da impugnação, quando descreveu/demonstrou todos os itens tidos por controvertidos, juntando a documentação comprobatória respectiva, no recurso voluntário, a recorrente limitou-se a fazer alegações genéricas, desamparadas de suporte probatório, requerendo, ao final, a realização de diligência com vistas a “dirimir as dúvidas levantadas”.

Não basta à contribuinte simplesmente alegar que “*não foram considerados os créditos fiscais*”, ou que “*não foram consideradas as duplicidades de valores da base de cálculo*”, ou que “*não foram considerados os pagamentos a maior*”, sem que se demonstre exatamente aquilo que, em sua opinião, não foi considerado.

Isso porque, ao contrário do que afirmou a contribuinte, a decisão de primeira instância não foi omissa, abarcando todas as alegações contidas na impugnação. Se é entendimento da contribuinte que algo deixou de ser considerado, há de se provar e demonstrar cabalmente essa ocorrência. O ônus da prova cabe a quem alega.

Prova, por definição, é a “*demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta*”. (“*apud*” De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico). Em suma, como ensina MOACYR AMARAL DOS SANTOS, *in* Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2. Ed. Saraiva, SP, 1977, p. 288, “*prova é a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário*”. Aliás, em qualquer ramo do Direito, como regra, e no processo Administrativo Fiscal prevalece a máxima contida no brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

O objeto da prova no processo administrativo tributário consiste nos fatos deduzidos pelas partes e, com vistas às normas processuais administrativas da União, cujo preceito é o art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93, que assim dispõe: “*o sujeito passivo apresentará os pontos de discordâncias e as razões e provas que possuir*”. Assim, cabe ao contribuinte indicar os pontos de discordâncias e com isto deduzir os fatos sobre os quais versará o litígio.

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

Portanto, a obrigação de provar será tanto do agente fiscal, como o disposto na parte final do caput do art. 9º do PAF³, como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao art. 16 do PAF⁴.

³ “(...) deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito”

⁴ “Art. 16. A impugnação mencionará: III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Andrezza</i> Andrezza Nascimento Schincikal Mat. Siapc 1377389

2 ^o CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Feitas as considerações prévias, passo à análise de cada item, separadamente.

Item 1 – “Não foram considerados os créditos fiscais incluídos na base de cálculo, faturas canceladas e duplicidade de valores das respectivas faturas”.

Considerando a forma genérica que a contribuinte se refere a “créditos fiscais”, com base no que se apresenta no processo, entendo que está se referindo aos valores já tributados na fonte (créditos fiscais de tributação na fonte), na forma do disposto do art. 64 e parágrafos da Lei nº 9.430/96, e os créditos fiscais referentes a pagamentos judiciais.

Quanto à “duplicidade de valores de faturas canceladas”, provavelmente está a se referir à “Devolução de Vendas”, que, conforme sua impugnação (fls. 406 a 415), alega que deveriam ser excluídas da base de cálculo, e não adicionadas.

Relativamente aos créditos fiscais de tributação na fonte, não só o julgador de primeira instância se refere a eles expressamente como motiva adequadamente sua decisão (itens 35 a 52 da decisão – fls. 1.102 a 1.105). Nesse sentido confere-se:

“35. Ainda quanto aos períodos dos anos-calendário em questão, argumenta a interessada que a autuante não aproveitou os valores de retenção efetuados pelos órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal quando do pagamento do fornecimento de bens ou prestação de serviços realizados.

36. O artigo 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, assim dispõe quanto aos pagamentos pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços efetuados por órgãos públicos a pessoas jurídicas em geral:

Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.

§ 2º O valor retido, correspondente a cada tributo ou contribuição, será levado a crédito da respectiva conta de receita da União.

§ 3º O valor do imposto e das contribuições sociais retido será considerado como antecipação do que for devido pelo contribuinte em relação ao mesmo imposto e às mesmas contribuições.

§ 4º O valor retido correspondente ao imposto de renda e a cada contribuição social somente poderá ser compensado com o que for devido em relação à mesma espécie de imposto ou contribuição.

...

§ 7º O valor da contribuição para a seguridade social - COFINS, a ser retido, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago.

§ 8º O valor da contribuição para o PIS/PASEP, a ser retido, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago.

37. As Instruções Normativas Conjuntas SRF/STN/SFC nº04, de 18 de agosto de 1997, nº02, de 5 de novembro de 1998, nº3, de 16 de novembro de 1998, e posteriores até a de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08 105 1 2007</u> <i>Ansel</i> Andreza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

nº 23, de 2 de março de 2001, estabeleciam os procedimentos a ser adotados tendo em vista o disposto no art. 64 da Lei nº 9.430, de 1996. Nestes atos normativos está previsto que para comprovar as retenções efetuadas pelos órgãos em questão existem duas formas: os órgãos que efetuam a retenção fornecem à pessoa jurídica beneficiária do pagamento, comprovante anual da retenção, ou como forma alternativa de comprovação da retenção, poderá o órgão ou a entidade fornecer ao beneficiário do pagamento cópia impressa do DARF, desde que este contenha, no campo destinado a observações, o valor pago, correspondente ao fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços.

38. Em contrapartida, os órgãos ou as entidades que efetuaram a retenção devem apresentar à unidade local da SRF, até 28 de fevereiro do ano subsequente, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF), nela discriminando, mensalmente, o somatório dos valores pagos e o total retido, por contribuinte e por código de recolhimento.

39. Observa-se que a interessada ao invés de comprovar que apurou a contribuição social e posteriormente compensou tais valores na contabilidade e na declaração mediante cópia do Documento de Retenção fornecida pelos órgãos que retiveram os valores dos tributos, apenas anexou na impugnação as cópias das notas fiscais dos serviços prestados e materiais vendidos.

40. Ao revés, procedeu diferentemente do previsto, e por conseqüência não logrou comprovar suas afirmativas quanto às retenções efetuadas pela Obra George Américo - Condomínio Residencial em Feira de Santana ou mesmo da Obra da Justiça Federal, tendo em vista que não consta nenhuma referência nas notas fiscais apresentadas de que estes órgãos tenham efetuado a alegada retenção a que previa a legislação.

41. Analisando as notas fiscais da interessada, anexadas às fls. 466/475 e 487/602, pertinentes às Obras destinadas à Justiça Federal de 1ª Instância do Estado da Bahia (fls. 487/565) e à Obra do Hospital Edgard Santos da Universidade Federal da Bahia CNPJ nº 15.180.714/0002-87 (fls. 566/602), verifica-se que somente consta a informação de que houve a retenção para a Seguridade Social nas notas fiscais emitidas à UFBA, excetuando a NF nº 1913 (fl. 566).

42. Ainda quanto aos valores retidos, relativamente à obra do Hospital Prof. Edgard Santos - UFBA, nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, observa-se que por intermédio das DIRF apresentadas por esta entidade (fls. 1.088/1.090), confirmaram-se as retenções quanto aos pagamentos efetuados à interessada, os quais na maioria dos períodos em questão não exibem uma coincidência de valores indicados como retidos nas notas fiscais apresentadas pela autuada e a DIRF apresentada.

43. Assim, apenas a retenção dos valores de receita relativos à obra do Hospital Edgard Santos - UFBA, serão utilizados para fins de compensação do devido em cada período de apuração, observando-se ainda que nos períodos em que se verificaram divergências entre os valores de retenção informados na DIRF e os mencionados nas notas fiscais, ou ausência de informação na DIRF, considerou-se neste voto as informações dos valores das DIRF ou o valor de retenção referido nas notas fiscais, o que fosse mais favorável ao interessado, deixando de considerar as demais alegadas retenções relativamente às outras obras.

44. Assim, a alegação de que devem ser excluídos os valores das receitas pertinentes à Obra Cons. George (e da Obra 156 - UFBA, concernente ao mês de maio/1999) do cálculo de apuração da base de cálculo da Cofins, sob o argumento de que este



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Andrezza Nascimento Schmeikal</i> Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389

2^o CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

procedimento não causa nenhum prejuízo ao fisco, uma vez que tais valores já tinham sido antecipados, não socorre à autuada.

45. *Assim, tem-se quanto às bases de cálculo dos períodos-base relativos ao ano-calendário de 1999, que estas permanecem inalteradas conforme apuração feita pela fiscalização.*

46. *Da mesma forma quanto aos valores escriturados na conta URBIS Cons. George que entende a interessada devam ser excluídos, nos períodos compreendidos entre fevereiro e maio/2000, não existe nos autos nenhuma comprovação de que tais valores de fato não constituem receitas auferidas do período, ao contrário, tais valores estão escriturados como receitas referentes ao rateio Consórcio, não logrando a interessada demonstrar em contrário (fls.24 e 425), conforme Razão de fls. 990, 996, 1.002 e 1.008.*

47. *Quanto aos períodos-base de agosto a dezembro/2000, para os quais a interessada pleiteia que sejam tais valores excluídos da base de cálculo da contribuição, verifica-se que estes estão em total harmonia com os valores da escrituração, não tendo a interessada obtido êxito em sua impugnação para demonstrar o cometimento de qualquer equívoco no lançamento, razão pela qual não procedem tais arguições.*

48. *Relativamente aos períodos-base do ano calendário de 2000, tem-se que se repetem as argumentações da interessada quanto aos valores de retenção, matéria já discutida anteriormente, cabendo também neste ano considerar a compensação tão somente dos valores pagos pela UFBA.*

49. *Deste modo, quanto aos períodos-base do ano calendário de 2000, exceto pelos valores da retenção da Obra UFBA, permanecem inalteradas as bases de cálculo apuradas pela fiscalização.*

50. *Quanto aos fatos geradores do ano calendário de 2001, relativamente às retenções feitas pelos órgãos públicos e entidades, verifica-se que procedem as mesmas considerações já feitas anteriormente.*

51. *A que se ressaltar quanto à arguição para fins de receita da Obra 160 da Justiça Federal no valor de (...) no mês de janeiro/2001, que procede a arguição da interessada, cabendo sua exclusão, uma vez que é possível observar a prática da contribuinte de escriturar com a seguinte discriminação 'Valor Transferido de diferido, retorno de obra curto prazo', valores que não compõem a receita do mês. Como se pode verificar em outras contas, as quais assim não foram consideradas como receita, pela fiscalização, a exemplo Obra 161, neste mesmo mês, no qual se considerou como receita tributável o valor diferido de (...) e não (...) (fl. 1032 confrontada com a fl.26, e ainda outros exemplos Obra 149, de fl.983 vs. 24), esta é uma prática adotada pela escrituração.*

52. *Quanto aos demais períodos a partir de julho de 2001, exceto novembro, a interessada não apresentou qualquer contestação quanto às receitas recebidas, mas em sua planilha reduziu indevidamente as bases de cálculo motivo pelo qual permanecem inalterados os valores apurados pela fiscalização, excetuando-se as compensações relativas à retenção feita pela UFBA a ser considerada para reduzir a Cofins devida. De fato a interessada entende devida a Cofins nos meses de janeiro (com alteração), fevereiro e março de 2001."*

Quanto aos créditos provenientes de pagamentos judiciais, não resta melhor sorte à contribuinte. Isso porque além de terem sido considerados já pela fiscalização, vide Termo de Verificação (fl. 16), também o foram em sede de julgamento pela primeira instância pois,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 08 / 05 / 2007

Andreza Nascimento Schmickal
Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF

Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

constatadas as irregularidades, houve parcial provimento em favor da contribuinte, conforme excerto que abaixo se transcreve:

“53. O contribuinte alega ainda que os depósitos judiciais por ela efetuados não foram aproveitados, e neste caso procedem em parte suas alegações, tendo em vista que deixaram de ser considerados na apuração fiscal apenas os valores dos depósitos relativos a janeiro, fevereiro e março de 1998 e janeiro de 1999.

54. Quanto aos demais períodos para os quais a interessada apresenta a mesma alegação, tem-se que, da Cofins apurada, a fiscalização subtraiu os valores pagos/parcelados/depositados/declarados, cujo somatório é igual ou superior aos valores informados pela contribuinte na coluna “TOTAL” da planilha de fls. 418/427, não havendo portanto o que ser alterado.”

Conforme explicitado anteriormente, no processo administrativo fiscal federal tem-se como regra: aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. No caso, meras alegações genéricas não produzem o condão de transmutar o entendimento já manifestado anteriormente.

Quanto às alegadas duplicidades, também não merece razão à contribuinte, conforme se depreende dos itens 30 e 34 da decisão recorrida (fls. 1.100 e 1.102), abaixo transcritos:

“30. A empresa alega ainda que existem irregularidades nos valores apurados pela fiscalização referentes às contas Devolução de Vendas e Devolução de Poupança, tidas como incluídas nas bases de cálculo da contribuição. Verifica-se quanto a esta matéria que não procedem os argumentos da interessada tendo em vista que os valores excluídos das bases de cálculo apuradas pela fiscalização a título destas duas rubricas foram exatamente os mesmos que os indicados pela contribuinte, e que a fiscalização não adicionou tais valores, ao contrário, os excluiu da base de cálculo apurada, não cabendo nenhuma retificação quanto ao valor lançado, conforme se vislumbra das Planilhas apresentadas pela autuada às fls.418/427 e dos Demonstrativos efetuados pela fiscalização de fls.18/27, cujos valores ora especificados estão naqueles demonstrativos em cor vermelha.”

“34. Quanto aos períodos do ano-calendário de 1999, 2000 e 2001, observa-se que a empresa em sua impugnação volta a alegar que a auditoria fiscal incluiu na base de cálculo das contribuições os valores referentes à Devolução de Vendas e Devolução de Poupança e mais uma vez reitera-se que tal procedimento não foi adotado pela autuante, tendo em vista que estes valores não compuseram a base de cálculo, ao contrário, do total apurado a fiscalização tais valores foram excluídos.” (sublinhei)

No que diz respeito a este item, não há, sequer, qualquer omissão na decisão recorrida, como afirmou a contribuinte. Ao contrário, as matérias foram devidamente analisadas e julgadas com a respectiva motivação, havendo, inclusive, parcial provimento às alegações da contribuinte.

Item 2 – “Não foram consideradas as duplicidades de valores da base de cálculo relativos a faturamentos já tributados na fonte por força do disposto no artigo 64 e parágrafos da Lei nº 9.430/96, que trata de pagamentos efetuados por Órgãos, Autarquias e Fundações da administração pública a pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE:
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 08 / 05 / 2007

Andreza Nascimento Schmeikal
Mat. SIAPE 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

2.1 – Faturamentos decorrentes de Contrato celebrado com a Justiça Federal de Primeira Instância – Seção Judiciária do Estado da Bahia, localizada na Av. Ulysses Guimarães, nº 2631, Centro Administrativo da Bahia, Salvador-Bahia, CNPJ nº 00.508.903/0015-83;

2.2 – Faturamentos decorrentes de Contrato celebrado com a Universidade Federal da Bahia – Hospital Profº Edgard Santos, localizada na Rua Augusto Viana, s/n – Canela – Salvador-Bahia, CNPJ 15.180.714/0001-87”.

Novamente com relação ao crédito fiscal de tributação na fonte, dessa vez especificamente quanto ao contrato celebrado com a Justiça Federal de Primeira Instância e a Universidade Federal de Bahia, não assiste razão à contribuinte.

Conforme já demonstrado anteriormente, assim se manifesta o julgador de primeira instância nos itens 41 a 43 do seu voto, novamente aqui reproduzidos para melhor visualização da matéria argüida (fl. 1.271):

“41. Analisando as notas fiscais da interessada, anexadas às fls.466/475 e 487/602, pertinentes às Obras destinadas à Justiça Federal de 1ª Instância do Estado da Bahia (fls.487/565) e à Obra do Hospital Edgard Santos da Universidade Federal da Bahia CNPJ nº 15.180.714/0002-87 (fls.566/602), verifica-se que somente consta a informação de que houve a retenção para a Seguridade Social nas notas fiscais emitidas à UFBA, excetuando a NF nº 1913 (fl.566).

42. Ainda quanto aos valores retidos, relativamente à obra do Hospital Prof. Edgard Santos – UFBA, nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, observa-se que por intermédio das DIRF apresentadas por esta entidade (fls.1.088/1.090), confirmaram-se as retenções quanto aos pagamentos efetuados à interessada, os quais na maioria dos períodos em questão não exibem uma coincidência de valores indicados como retidos nas notas fiscais apresentadas pela autuada e a DIRF apresentada.

43. Assim, apenas a retenção dos valores de receita relativos à obra do Hospital Edgard Santos – UFBA, serão utilizados para fins de compensação do devido em cada período de apuração, observando-se ainda que nos períodos em que se verificaram divergências entre os valores de retenção informados na DIRF e os mencionados nas notas fiscais, ou ausência de informação na DIRF, considerou-se neste voto as informações dos valores das DIRF ou o valor de retenção referido nas notas fiscais, o que fosse mais favorável ao interessado, deixando de considerar as demais alegadas retenções relativamente às outras obras.”

Observa-se, que os itens apontados no recurso voluntário como omissos, não só foram expressamente mencionados na decisão, como a decisão foi parcialmente favorável à contribuinte.

Item 3 – “Não foram considerados os valores pagos a maior da Contribuição a título de pagamentos, parcelamentos via REFIS /PAES, compensações e depósitos judiciais, conforme se observa da própria Decisão e demonstrativos inclusos à mesma”.

Em primeiro lugar, reitera-se aqui as considerações efetuadas anteriormente, quanto à demonstração das alegações trazidas pela recorrente sem a prova necessária ao convencimento do julgador.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>09 / 05 / 2007</u> <i>Ansch</i> Andreza Nascimento Schmicikal Mat. Siapc 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

No mais, oportuno reproduzir o pedido da contribuinte, constante de sua impugnação (fl. 549):

“Considerando os valores constantes das planilhas anexadas à presente impugnação (de nrs. 01 a 11), é de se REQUERER, a uma, a Preliminar de nulidade dos lançamentos referentes ao período anterior a setembro do ano de 1997 em obediência ao princípio da prescrição e da decadência, e a duas, a reforma do presente Auto de Infração, excluindo da base de cálculo os valores lançados em duplicidade nos anos de 1997 e 1998, os valores já tributados na fonte nos anos de 1999, 2000 e 2001, excluir o valor da Nota Fiscal nr. 001737 no mês de fevereiro de 1998 por ter sido a mesma cancelada, incluir os créditos referentes aos pagamentos efetuados em juízo nos anos de 1999 e 2000, excluir os valores referentes à Devolução de Vendas e Devolução de Poupança nos anos de 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001 e no mês de janeiro de 2001 considerar apenas os valores faturados nas NFs de nrs. 2107 a 2110 e 2116 a 2119 (...).”

Compulsando os autos, depreende-se que, tanto no pedido como no corpo da impugnação, a contribuinte em momento algum falou em recolhimento a maior. Das alegações lançadas, somente os depósitos judiciais e as compensações relativas aos valores retidos na fonte foram argüidas anteriormente. A priori, poderia se falar em preclusão⁵, no entanto, pelo princípio da verdade material, por se tratar de base de cálculo, passa-se à análise das alegações apresentadas.

Relativamente aos depósitos judiciais, esta Conselheira já se manifestou anteriormente (item 1) para transcrever a parte de decisão de primeira instância que analisou a matéria para dar parcial provimento às alegações contidas na impugnação da contribuinte. Desta forma, tendo sido trazidas ao recurso somente alegações genéricas, reitero meu entendimento de que não assiste razão à contribuinte que deixa de provar aquilo que alega em seu favor.

No que diz respeito ao Refis, observa-se que a autoridade fiscalizadora já fez menção de ter considerado como abatimento do valor apurado como débito da contribuinte (fl.16), fato este não contestado na impugnação e nem demonstrado no recurso.

Já quanto ao Paes, trata-se de legislação superveniente à formalização do presente crédito tributário e da própria impugnação (2002). Considerando que a opção não foi informada antes da decisão de primeira instância, não há que se falar de omissão uma vez que o julgador não tinha conhecimento dos fatos, e que somente em grau de recurso foram trazidos.

Outrossim, cabe ainda observar quanto ao Paes, no mérito, havendo opção ao regime do parcelamento, em data posterior ao auto de infração, de nenhum efeito ao presente julgamento, principalmente por ter deixado a contribuinte de atender a um dos requisitos formais previsto na legislação, qual seja, o da desistência formal ao presente processo.

Em razão do exposto, nenhuma razão assiste à recorrente.

⁵ A preclusão somente poderia ser ultrapassada caso houvesse prova conclusiva e suficiente dos valores supostamente recolhidos a maior e não considerados pela fiscalização. Meras alegações não fazem prova a seu favor. Com efeito, à luz da legislação em regência, o ônus de argüir na impugnação “toda matéria de defesa” é consagração do princípio da eventualidade ou da concentração, que consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na impugnação. A impugnante deve formular de uma só vez todas defesas que dispõe, material ou formal. Se omitida, estará impedida de levantá-la em outros momentos ulteriores, pois não foi objeto de instauração de litígio.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 08 / 05 / 2007

Andreza Nascimento Schmicak
Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Item 4 – “Não foram considerados os valores correspondentes a DEVOLUÇÃO DE VENDAS por distratos com clientes promitentes compradores de imóveis produzidos pela Recorrente redutores da Base de Cálculo oferecida para tributação”.

Conforme mencionado acima, nos itens 30 e 34 da decisão (fls. 1.100 e 1.102) o julgador de primeira instância menciona expressamente os valores correspondentes a “Devolução de Vendas” fundamentando e motivando adequadamente sua decisão para não dar provimento à impugnação. Isso porque, conforme se verifica dos demonstrativos anexos ao auto de infração (fls. 18-27), tais valores, assim como aqueles relativos à “Devolução de Poupança”, foram, na verdade, excluídos da base de cálculo.

Relativamente à alegação de “distratos com clientes promitentes compradores de imóveis produzidos pela recorrente”, além de se tratar de matéria nova, trazida somente por ocasião do recurso voluntário e, portanto, preclusa, mais uma vez a contribuinte não faz qualquer prova dessa alegação.

Portanto, pelos mesmos motivos já esposados no item anterior, bem como no intróito sobre “prova”, não merece ser acolhida a alegação da contribuinte, a uma por se tratar de matéria preclusa, a duas por não haver qualquer prova de sua veracidade e a três por não se tratar de omissão do julgador de primeira instância.

Item 5 – “Duplicidade de valores de Base de Cálculo relativo a lançamento contábil de receitas auferidas por consorciada ostensiva – SARTI MENDONÇA ENGENHARIA LTDA., única geradora dos faturamentos objeto de contrato celebrado com órgão da administração pública”.

O julgador de primeira instância citou expressamente o consórcio firmado entre a contribuinte e a empresa Sarti Mendonça Engenharia Ltda., discriminando e demonstrando em planilhas todas as exclusões que deveriam ser feitas das bases de cálculo encontradas pela fiscalização resultantes dos consórcios, concluindo no sentido de que “apenas a parcela do resultado correspondente à participação da consorciada irá compor a base de cálculo da contribuição.”

No tocante à obra George Américo, para a qual a contribuinte junta documentos em seu recurso, cabe aqui esclarecer que, realmente, a contribuinte não participou do contrato de empreitada da obra George Américo celebrado entre a Sarti Mendonça Engenharia Ltda. e a Urbis S/A (fls. 1.443/1.450). Entretanto, para conclusão dessa obra, foi então constituído um “consórcio” entre a Sarti Mendonça Engenharia Ltda. e a contribuinte (fls. 1.502-1.506).

Não obstante a cláusula 13.8.1 do Protocolo Operacional Interno do Consórcio Sertenge – Sarti Mendonça (fl. 1.510), que prevê que “a SARTI MENDONÇA emitirá suas respectivas faturas contra o órgão contratante, internando os recursos segundo seus procedimentos contábeis próprios, encarregando-se individualmente e sob sua exclusiva responsabilidade do recolhimento de todos os tributos estaduais, federais e municipais, que tenham como base de cálculo a respectiva fatura emitida. Estabelece-se como desconto padrão, para cobrir as obrigações com, ISS, PIS, Cofins, IR e CPMF, o percentual de 7,01% (sete vírgula um por cento), ficando após esta dedução, os recursos líquidos a disposição do CONSÓRCIO, na proporção de 50% (cinquenta por cento), para cada empresa”, devemos lembrar que esse contrato faz lei somente entre as partes.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Anschi</i> Andreza Nascimento Schmcikal Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

De acordo com o art. 123 do Código Tributário Nacional, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Assim, nas palavras do Prof. Aliomar Baleeiro, “ninguém se escusa às prestações decorrentes de obrigação tributária, indicando pacto celebrado para substituir-se por outrem. Nenhuma convenção entre particulares pode ser oposta ao Fisco para modificar a definição do sujeito passivo”⁶. Outrossim, há farta jurisprudência do STJ nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. LEASING. SUJEITO PASSIVO. NULIDADE DE CDA. NOTIFICAÇÃO IRREGULAR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. CONVENÇÃO PARTICULAR. OPOSIÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A matéria fática que dá suporte à controvérsia não é suscetível de análise em sede de recurso especial. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

2. ‘Salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes’ - Art. 123 do CTN. (REsp 683397/RJ, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 22/08/2005; REsp 508981/SC, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 01/02/2005; REsp 374694/SC, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 12/05/2003).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (REsp 758933/RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07/11/2005, p. 144)

“TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - REMUNERAÇÃO PAGA AOS ÁRBITROS, AUXILIARES DE ARBITRAGEM, DELEGADOS E DEMAIS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - LEI 8.212/91, ART. 22, III - RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE PROMOTORA DO EVENTO (FEDERAÇÃO, CONFEDERAÇÃO OU LIGA DE FUTEBOL) - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DESPORTIVO DA FEDERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CTN, ART. 123 - PRECEDENTE.

- Em se tratando de partidas de futebol, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração auferida pelos árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e fiscais de cada espetáculo desportivo, bem como por aqueles que realizam o exame anti-dopping, bilheteiros, porteiros, maqueiros, seguranças, gandulas, etc, é da entidade promotora do evento (federação, confederação ou liga de futebol).

- A existência de Código Desportivo da Federação Catarinense de Futebol e de estatuto, atribuindo a responsabilidade à associação desportiva (time da casa), previdenciária, em face do regramento contido no art. 123 do CTN.

- Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (REsp 508981, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 01/02/2005, p. 479)

⁶ Aliomar Baleeiro, op. cit., p. 469.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE: CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. Siape 1377389

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Portanto, também com relação a este item, não merecem prosperar as alegações da contribuinte tendo em vista ser de sua responsabilidade o recolhimento da contribuição social, nos termos da legislação em vigência.

- DOS DOCUMENTOS JUNTADOS E PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Finalmente, requer a contribuinte a realização de diligência, com vistas a dirimir as dúvidas levantadas e que seja estendida aos órgãos públicos para os quais a requerente prestou serviços, e junta documentos relativamente às retenções efetuada pelas contratantes Universidade Federal da Bahia, Justiça Federal e cópias dos contratos de empreitada da obra George Américo, celebrados entre a empresa Sarti Engenharia Ltda. e a Urbis S/A, onde alega que se evidencia a não participação da recorrente nesses contratos e, por consequência, a impossibilidade de pagar contribuições.

Relativamente à documentação onde se pretende demonstrar a retenção por órgãos públicos da contribuição quando do pagamento do fornecimento de bens ou serviços, faço os seguintes comentários:

- a) as notas fiscais ora juntadas pela contribuinte (fls. 1.186-1.301) nada acrescentam ao deslinde da demanda, uma vez que já haviam sido juntadas anteriormente (fls. 466-473, 487-602) e devidamente analisadas pela primeira instância;
- b) quanto aos documentos relativos ao ano-calendário de 2002 (fls. 1.302-1.311 e 1.327), por se tratar de matéria alheia ao presente processo, deixo de conhecê-los;
- c) os valores constantes dos informes de rendimentos relativos ao Hospital Prof. Edgard Santos, referentes aos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001 (fls. 1.322-1.326) já haviam sido devidamente analisados pelo julgador de primeira instância por meio das respectivas Dirfs (fls.1.088 a 1.090), conforme transcrito abaixo:

"42. Ainda quanto aos valores retidos, relativamente à obra do Hospital Prof. Edgard Santos - UFBA, nos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, observa-se que por intermédio das DIRF apresentadas por esta entidade (fls.1.088/1.090), confirmaram-se as retenções quanto aos pagamentos efetuados à interessada, os quais na maioria dos períodos em questão não exibem uma coincidência de valores indicados como retidos nas notas fiscais apresentadas pela au tuada e a DIRF apresentada.

43. Assim, apenas a retenção dos valores de receita relativos à obra do Hospital Edgard Santos - UFBA, serão utilizados para fins de compensação do devido em cada período de apuração, observando-se ainda que nos períodos em que se verificaram divergências entre os valores de retenção informados na DIRF e os mencionados nas notas fiscais, ou ausência de informação na DIRF, considerou-se neste voto as informações dos valores das DIRF ou o valor de retenção referido nas notas fiscais, o que fosse mais favorável ao interessado, deixando de considerar as demais alegadas retenções relativamente às outras obras."

- d) quanto aos informes de rendimentos relativos à Justiça Federal de Primeira Instância - BA, trazidos somente em grau de recurso, embora a juntada posterior não esteja inserida nas exceções previstas no § 4º do art. 16 do



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 05 / 2007
Andrezza Nascimento Schmicikál
Mat. Siape 1377389

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

Decreto nº 70.235/72⁷, por se tratar de prova conclusiva, à qual este Conselho de Contribuintes não pode se quedar silente, entendendo que devem ser reconhecidos para que os respectivos valores retidos sejam excluídos da base de cálculo da Cofins. A verdade material deve prevalecer sobre a formal;

- e) quanto aos contratos de empreitada da obra George Américo celebrados, entre a empresa Sarti Mendonça Engenharia Ltda. e a Urbis S/A, alega a contribuinte a impossibilidade de recolher a contribuição uma vez que não participou dos contratos. Ainda, na discriminação dos anexos ao recurso (fl. 1.183-1.184), sintetiza as razões porque entende que os valores relativos à obra George Américo devem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

Sobre essa matéria já me manifestei no item 5 acima para rejeitá-la, uma vez que, o que está em lide não é o contrato celebrado entre a empresa Sarti Mendonça e a Urbis S/A, mas sim aquele celebrado entre a Sarti Mendonça e a contribuinte, que gerou o faturamento que serviu de base de cálculo para a Cofins e, relativamente a este contrato, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional, não tem o condão de modificar o sujeito passivo da contribuição.

Quanto à diligência, pretende a contribuinte transferir para o Fisco a responsabilidade de provar o que alegou. Na verdade, em momento algum, a contribuinte demonstra quais foram as incorreções cometidas pelo julgador de primeira instância. Considerando que a decisão julgou parcialmente procedente a impugnação, deveria a contribuinte ter procedido à demonstração dos erros, e não se limitado a alegações genéricas.

Não se verifica nos autos qualquer justificativa para a realização de diligência, considerando-se tal providência desnecessária, a exemplo do disposto no art. 18 do Decreto nº 235/72⁸, uma vez que já se encontra anexada ao presente cópia da documentação contábil e fiscal da empresa, fundamentando os valores apurados, além do que, ao contrário do que a contribuinte alegou, a decisão abordou toda a matéria levantada na impugnação, não havendo que se falar em omissão. Aliás, o que se observou foi que a própria contribuinte é que deixou de apresentar oportunamente a documentação que lhe fazia prova favorável, vindo a fazê-lo somente agora, por ocasião do recurso voluntário.

A prova deve ser produzida, antes de qualquer outra razão, com o fim de firmar o convencimento do juiz, que pode ter a necessidade, em face da presença de questões de difícil deslinde, de municiar-se de mais elementos de prova.

Deste modo, destinam-se as diligências/perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos. Não devem se estender à produção de novas provas ou à reabertura por via

⁷ "A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou direito superveniente; c) destina-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos."

⁸ "Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine."



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>08</u> / <u>05</u> / <u>2007</u> <i>Andrezza</i> Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389

2º CC-MF Fl. _____

Processo nº : 10580.010788/2002-11
Recurso nº : 134.127
Acórdão nº : 202-17.775

indireta, da ação fiscal. Não cabe ao julgador efetuar lançamento, não lhe sendo aberta a possibilidade, por tal, de se mover sem óbices por universo externo ao processo.

Nestes termos, prova por meio de diligência ou perícia existe para fins de que o julgador, não convencido da materialidade dos fatos, em face das provas produzidas pelas partes, aprofunde a averiguação por via de um posicionamento complementar efetuado por um especialista na matéria discutida; ou então, quando o assunto, dada sua complexidade, exija conhecimentos técnicos aprofundados. Não é o caso dos autos, verificado que a recorrente poderia ter juntado aos autos a documentação que alega existir, e que está obrigada a apresentá-la como forma de comprovar as suas alegações.

Em outras palavras, as dificuldades do presente processo estão associadas não a dúvidas existentes entre provas apresentadas pelas partes, mas à falta de apresentação de informações e documentos que embasam alegações que pretensamente infirmariam os levantamentos efetuados durante a ação fiscal.

Assim, de acordo com a fiscalização realizada e a documentação constante dos autos, entendo desnecessária a diligência requerida, pelo que a indefiro.

CONCLUSÃO

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de:

- I - negar provimento ao recurso de ofício;
- II - em relação ao recurso voluntário dar parcial provimento para:
 - i - reconhecer a decadência no período anterior a 10/1997, tendo em vista que a ciência do auto de infração se verificou em 07/10/2002;
 - ii - no mérito, dar provimento parcial para determinar a exclusão da base de cálculo das importâncias retidas pela Justiça Federal, conforme documento juntado às fls. 1.314 a 1.316.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ