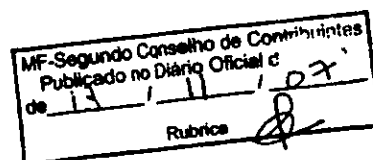




**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**SEGUNDA CÂMARA**

**Processo nº** 10680.012240/2004-31  
**Recurso nº** 139.388 Voluntário  
**Matéria** COFINS  
**Acórdão nº** 202-18.273  
**Sessão de** 19 de setembro de 2007  
**Recorrente** EMPA S/A SERVIÇOS DE ENGENHARIA  
**Recorrida** DRJ em Belo Horizonte - MG



Assunto: Contribuição para o Financiamento da  
Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/12/2003

Ementa: PRELIMINAR. DILIGÊNCIA.  
CONVICÇÃO DO JULGADOR.

A teor do art. 29 do Decreto nº 70.235/72 a realização  
de diligência vincula-se ao livre convencimento da  
autoridade administrativa julgadora.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA  
ESFERA ADMINISTRATIVA.

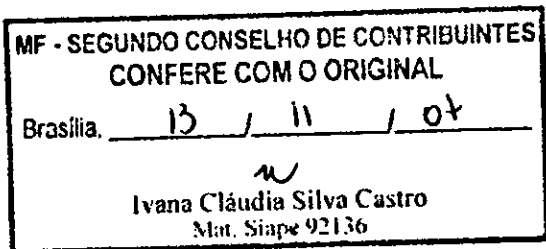
A opção do contribuinte pela via judicial, antes,  
durante ou após a prática do ato administrativo  
formalizador da exigência tributária conduz à prévia,  
concomitante ou posterior abdicação do direito de  
defesa na esfera administrativa.

COMPENSAÇÃO. PER/DCOMP.

Restou devidamente comprovado nos autos que a  
fiscalização promoveu a exclusão dos valores  
compensados e declarados por meio do PER/Dcomp,  
bem como os valores retidos por órgãos públicos, das  
diferenças apuradas e lançadas de ofício.

DCTF RETIFICADORA APRESENTADA NO  
CURSO DA AÇÃO FISCAL.

Nos termos do art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72,  
o início do procedimento fiscal exclui a  
espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos  
anteriores e impõe o lançamento de ofício dos tributos  
fiscalizados.



*E* *A*

anteriores e impõe o lançamento de ofício dos tributos fiscalizados.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria em que existe concomitância com o processo judicial; e II) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral a Dra. Mirian Passos Santiago, OAB/MG nº 54.419, advogada da recorrente.

  
ANTONIO CARLOS ATULIM

Presidente

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília. <u>13</u> / <u>11</u> / <u>04</u> Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siape 92136
---

  
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Antonio Zomer, Ivan Allegretti (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 13 / 11 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro Mat. SIAPE 92136
--

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário oposto contra acórdão proferido pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte - MG.

Informa a decisão recorrida que a fiscalização, iniciada em 02/06/2003, apurou divergências nos recolhimentos da Cofins, efetuando o lançamento das diferenças que apurou entre os valores declarados e os escriturados, cuja ciência se deu em 07/10/2004.

Reproduzindo o Termo de Verificação Fiscal, este informa, ainda, que tais diferenças decorreram dos seguintes fatos:

- em dezembro de 2001: exclusão da variação monetária ativa sobre valores de tributos pagos a maior à Receita Federal e constante em seu ativo para posterior compensação;
- em agosto de 2001: exclusão dos valores recebidos em imóveis referentes a contrato com entidade governamental;
- valores apurados relativos a recuperação de despesas.

A fiscalização informa que:

- A) foram deduzidos os valores declarados em DCTF e os valores compensados referentes a retenções de órgãos públicos;
- B) a fiscalizada aderiu ao Refis incluindo nele somente os débitos declarados em DCTF;
- C) em setembro de 2000 e janeiro de 2001 foram efetuados compensações indevidas da Cofins gerando declaração a menor nas DCTF e insuficiência no recolhimento da contribuição;
- D) em 2003 não foram entregues as DCTF. Em 14/05/2004 apresentou as declarações originais sem débitos de PIS e Cofins. Enviou pela *internet* DCTF retificadoras em 23/06/2004, com inclusão apenas de valores da Cofins. Tais declarações foram desconsideradas em face de a empresa se encontrar sob ação fiscal;
- E) o Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais – Sicepot/MG impetrou Mandado de Segurança em nome dos filiados contra a exigência da Cofins, com base na Lei nº 9.718/98, havendo desistência da ação em 27/05/2004;
- F) inexistência de condição impeditiva para exigência imediata das contribuições lançadas.

A autuada apresentou impugnação na qual arguiu:

1. apuração das diferenças sem considerar os valores compensados por meio de pedido de restituição/compensação e PER/Dcomp, os valores declarados

a maior em face das novas bases de cálculo apuradas pelo Fisco e os valores incluídos no Refis e Paes via declaração;

2. inclusão na base de cálculo das entradas relativas a recuperações de despesas, recebimentos de mútuos e recebimento de imóveis em indenização devida por órgão público;
3. as diferenças apuradas no período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2000 foram incluídas na declaração Refis, ao contrário do afirmado pela fiscalização;
4. improcedente a afirmativa de serem indevidas as compensações realizadas em setembro de 2000 e janeiro de 2001 por se referirem a retenções efetuadas por órgãos públicos.

A decisão recorrida informa, ainda, que em 31/08/2006 a recorrente desistiu parcialmente da impugnação no que se refere aos débitos incluídos no Refis e no Paes e os valores relativos a imóveis recebidos em pagamento no mês de agosto de 2001.

Apreciando as alegações postas na impugnação a Turma Julgadora proferiu decisão escorçada na seguinte ementa:

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

*Período de apuração: 01/07/1998 a 31/12/2003*

**PROVAS**

*O sujeito passivo deve comprovar o que diz, carreando aos autos as provas do que alega, conforme art. 16, inc. III da Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993.*

**DESISTÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO**

*A impugnação não é conhecida se houver desistência da mesma com renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundamente.*

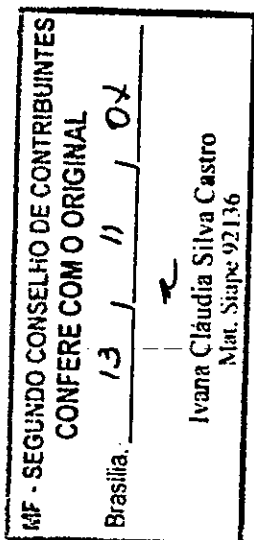
**DILIGÊNCIA**

*Indefere-se o pedido de diligência quando não demonstrada sua real necessidade ao deslinde do litígio.*

**Lançamento Procedente".**

Cientificada do acórdão em 21/02/2007, a empresa apresentou recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, dissentido do *decisum* nos seguintes termos:

1. em preliminar, rebate a negativa de diligência, que impossibilitou a comprovação de inúmeras das contestações apresentadas, tais como: tributação de vários créditos recuperados como "perdas"; descon siderações de várias compensações tributárias realizadas; inclusão de valores já



- declarados no Refis e Paes; tributação de valores declarados equivocadamente e objeto de declarações retificadoras;
2. indevida ampliação da base tributável da Cofins – inconstitucionalidade da base de cálculo majorada pela Lei nº 9.718/98 – existência de ação judicial proposta pela recorrente;
  3. indevida a tributação das parcelas referentes às entradas oriundas de recuperações de despesas e recebimentos de mútuos;
  4. não dedução dos valores objeto de pedidos de compensação;
  5. indevido o lançamento dos valores objeto de declarações retificadoras. Estando sobre procedimento fiscal, caberia somente o lançamento da multa, caso prevaleça o entendimento fiscal de que o início da ação fiscal exclui a espontaneidade da declaração do contribuinte;
  6. tributação em duplicidade dos valores confessados nas declarações Refis e Paes e não declarados em DCTF;
  7. lançamento indevido das competências setembro de 2000 e janeiro de 2001, em face da utilização das retenções ocorridas no período por órgãos públicos para extinguir a contribuição.

Alfim requer, em preliminar, a realização de diligência com vistas à confirmação dos fatos contestados na defesa e, no mérito, a reforma do acórdão recorrido cancelando o auto de infração.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 13 / 11 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro Nat. Siupe 92136
--

J

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 13 / 11 / 04 Ivana Cláudia Silva Castro Mat. Siape 92136
--

## Voto

Conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo, bem como preenche os demais requisitos para sua admissibilidade e conhecimento em parte.

As matérias que compõem a lide são: em preliminar, requer seja realizada diligência para confirmação dos fatos contestados na defesa; no mérito: 1) inconstitucionalidade da base de cálculo majorada pela Lei nº 9.718/98; 2) indevida tributação de entradas oriundas de recuperação de despesas e recebimento de mútuo (outras receitas); 3) compensação realizada por meio do Processo nº 10680.012259/2001-34, não considerada pela fiscalização; 4) DCTF retificadoras protocoladas durante a fiscalização. A autuação deveria incluir apenas a multa devida para evitar duplicidade de débitos; 5) compensação realizada nos períodos de apuração de setembro de 2000 e janeiro de 2001 com retenções efetuadas por órgãos públicos.

A necessidade de realização de perícias e diligências tem, no contexto do processo administrativo, destinatário certo. A teor do art. 29 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal – PAF), a autoridade julgadora formará livremente a sua convicção e, se na apreciação da prova julgar necessário, determinará a realização de diligências.

Da inteligência do artigo verifica-se que o momento de formação de provas é aquele em que se instaura a lide, ou seja, na impugnação, admitida, excepcionalmente, a apresentação extemporânea de alguma prova, desde que fundamentada em motivos apontados no art. 16, § 4º, do mesmo Decreto.

Assim, não apresentadas as provas documentais que arrimem as alegações da recorrente e, estando o fato devidamente provado nos autos e capaz de formar a convicção do julgador, a seu juízo, a diligência torna-se prescindível.

Importante compreender que a instalação da lide pela resistência à pretensão do Fisco deve estar acompanhada de todas as provas capazes de elidi-la. Ou, sendo tais provas volumosas, deve ser apresentada amostra tal capaz de introduzir dúvidas na convicção da autoridade julgadora. Portanto, a prova não é necessária para quem resiste mas para quem lança e quem julga. Daí a importância de carrear-las para os autos no momento processual devido.

Portanto, formada a convicção da autoridade julgadora administrativa *a quo*, tem a mesma plena competência para afastar o pedido formulado.

No mérito, ao contrário do que alega a recorrente, verifica-se nos autos que a questão relativa ao alargamento da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718/98 foi objeto de ação judicial própria por parte do recorrente, a qual foi impetrada após a lavratura do auto de infração e antes da decisão de primeira instância, em 09/06/2005, estando a sentença de primeiro grau anexada às fls. 371 a 386.

A apreciação do mérito quanto a essa parte da resistência da recorrente, cujos argumentos também constaram da impugnação, foi devido ao desconhecimento por parte do julgador *a quo* da impetração de ação judicial relativa à mesma matéria, ou seja, conforme

e J

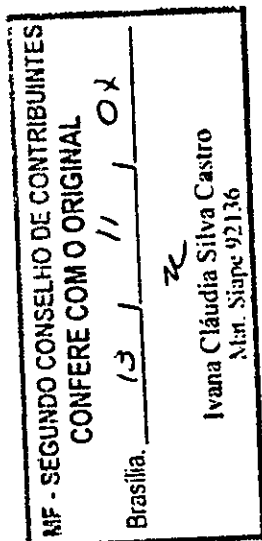
consta do relatório da sentença proferida pelo Juízo de 1º Grau da Justiça Federal (fl. 371), em Minas Gerais, a ação objetivava “*seja declarado indevidos os recolhimentos das contribuições COFINS e PIS, incidentes sobre receitas que não constituem produto da atividade exercida pela empresa, inclusive receitas financeiras, por força do disposto no art. 3º, parágrafo primeiro, da Lei 9718/98...*”.

Verificado no sítio da Justiça Federal na *internet* constatei que os autos encontram-se no Tribunal Regional Federal da 1ª Região para apreciação da apelação apresentada pela Fazenda Nacional, cuja distribuição se deu em 04/09/2006.

Vale citar o Parecer PGFN nº 1.159, de 1999, da lavra do ilustre Procurador-Representante da PGFN junto aos Conselhos de Contribuintes, Dr. Rodrigo Pereira de Mello, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional e submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda e cujos itens 29 e 33 assim esclarecem:

*“29. (...) há firme entendimento no sentido da renúncia à discussão na esfera administrativa quando há anterior, concomitante ou superveniente arguição da mesma matéria junto ao Poder Judiciário.*”

*33. Não há qualquer dúvida acerca da superioridade do pronunciamento do Poder Judiciário em relação àquele que possa advir de órgãos administrativos. Fosse insuficiente perceber a óbvia validade dessa assertiva em nosso modelo constitucional, assentada na unicidade jurisdicional, basta verificar que as decisões administrativas são sempre submissíveis ao crivo de legalidade do *judicium*, não sendo o reverso verdadeiro (melhor dizendo, o reverso não é sequer possível!!!). É por esse motivo que havendo tramitação de feito judiciário concomitante à de processo administrativo fiscal, considera-se renunciado pelo contribuinte o direito a prosseguir na contenda administrativa. É também por este motivo que a administração não pode deixar de dar cumprimento a decisão judiciária mais favorável que outra proferida no âmbito administrativo.”*



Ou seja, por não caber decidir de modo diverso ao proferido pelo Poder Judiciário, não pode o julgador administrativo conhecer da impugnação ou do recurso cujo mérito verse sobre matérias *sub judice*, sem que, no entanto, o fato de não conhecer da impugnação importe em não-reconhecimento da decisão judicial.

Desse modo, a apreciação da matéria em sede de recurso administrativo fica indelevelmente prejudicada em face da supremacia da decisão judicial sobre a administrativa. Havendo a provocação do Poder Judiciário para manifestação quanto à aplicação do direito descabe manifestação da esfera administrativa, devendo esta aguardar a decisão judicial para cumpri-la.

Portanto, não se conhece do recurso na parte relativa à Lei nº 9.718/98.

A alegação de indevida tributação de entradas oriundas de recuperação de despesas e recebimento de mútuo (outras receitas) se insere no contexto do alargamento da base de cálculo acima referido e deve também ser afastada a sua apreciação para aguardar pronunciamento do Judiciário.

*(Handwritten marks)*

Esclareça-se que a apelação da Fazenda Nacional foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, não estando prevalente a decisão judicial de primeira instância sobre a determinação legal de recolher o tributo lançado.

Outro ponto é a alegação de que a compensação realizada por meio da apresentação de PER/Dcomp não foi considerada pela fiscalização. Não procedente.

Verifica-se, às fls. 38 e 39, que os valores apontados no recurso voluntário como não considerados pelo Fisco, referentes aos meses relativos a 2000 e 2001, foram excluídos do valor devido para a fiscalização quantificar as diferenças apuradas.

Quanto aos meses relativos ao ano de 2003, verifica-se que a DCTF foi apresentada em 23/06/2004, data em que a ação fiscal encontrava-se em curso, retirando da recorrente a espontaneidade e impedido a admissão dos valores como se declarados estivessem.

Nos termos do art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, o início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e impõe o lançamento de ofício dos tributos fiscalizados.

Quanto aos controles dos débitos, esclareça-se que a Secretaria da Receita Federal possui meios de identificar as possíveis duplicidades que possam conduzir à dupla cobrança do mesmo débito.

Impende destacar que, no curso da ação fiscal, inexistindo espontaneidade para que o contribuinte declare ou denuncie os débitos existentes, compete à fiscalização promover o devido lançamento de ofício dos mesmos, acompanhados dos respectivos consectários legais.

Já quanto às compensações das retenções efetuadas por órgãos públicos no período de setembro de 2000 a janeiro de 2001 constata-se a total improcedência do alegado.

Primeiro, pode ser verificado na planilha de apuração das diferenças pela fiscalização às fls. 174 e 175 que os valores relativos à retenção por órgãos públicos foi efetivamente deduzido da Cofins apurada. Também no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 25, a fiscalização afirma textualmente que "*Foram considerados pela fiscalização como declarados os valores compensados até o limite de saldo das contribuições retidas conforme DIRF...*".

Com essas considerações e tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de não conhecer o recurso em parte por opção pela via judicial e na parte conhecida negar provimento.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2007.

  
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	13 / 11 / 07
Ivana Cláudia Silva Castro	
Mat. Siape 92136	