



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10821.000268/2002-10
Recurso nº 136.677 Voluntário
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 293-00.015
Sessão de 29 de outubro de 2008
Recorrente GEC ALSTHOM SERVIÇOS MECÂNICOS LTDA. (incorporada por Alstom Indústria S/A - CNPJ 60.835.410/0001-84)
Recorrida DRJ - CAMPINAS - SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1997 a 30/06/1997

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ALEGAÇÕES E PROVAS APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO. PRECLUSÃO.

Consideram-se precluídos, não se tomando conhecimento dos mesmos, os argumentos e provas não submetidos ao julgamento de primeira instância, apresentados somente na fase recursal.

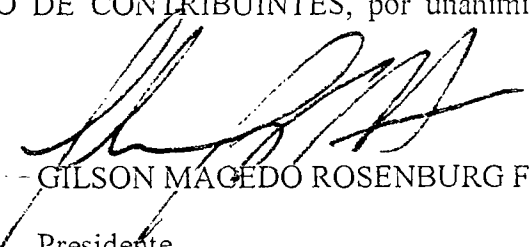
FALTA DE APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL. PRINCÍPIO PROCESSUAL DA VERDADE MATERIAL.

A busca da verdade real não se presta a suprir a inércia da contribuinte que, regularmente intimada, tenha deixado de apresentar as provas solicitadas, visando à comprovação dos créditos alegados.

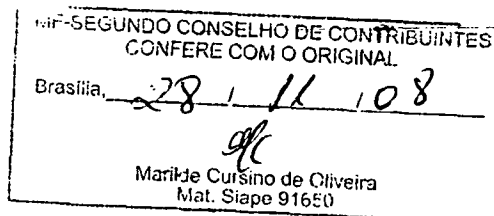
Recurso negado.

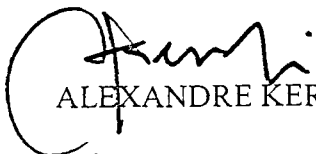
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da TERCEIRA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

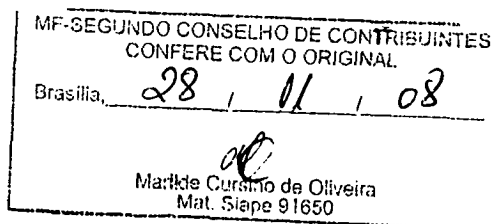
Presidente




ALEXANDRE KERN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luis Guilherme Queiroz Vivacqua e Andréia Dantas Lacerda Moneta. 

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>28</u> / <u>11</u> / <u>08</u>
 Marlene Curcio de Oliveira Mat. Signa 91660



Relatório

Cuida-se de recurso (fls. 106 a 121) interposto pela recorrente acima qualificada, contra o Acórdão nº 05-13.275, de 16 de maio de 2006, da DRJ/CPS, fls. 88 a 92, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/02/1997 a 30/06/1997 Ementa: REVISÃO DE DCTF. ALEGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. Não demonstrado o alegado crédito e sua suficiência em relação ao débito, válido é o lançamento, especialmente em face do que dispunha o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. MULTA DE OFÍCIO. Em face do princípio da retroatividade benigna, exonera-se a multa de ofício no lançamento decorrente de compensações não comprovadas, apuradas em declaração prestada pelo sujeito passivo, por se configurar hipótese diversa daquelas versadas no art. 18 da Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, com a nova redação dada pelas Leis nº 11.051/2004 e nº 11.196/2005. Lançamento Procedente em Parte

Após sintetizar os fatos relacionados com o lançamento de ofício objeto do auto de infração eletrônico nº 0000103, fls. 10 e 11 e anexos, a Recorrente explica que, em 01/10/1993, ingressou em juízo com a ação que tomou o nº 93.0030249-3, comprovando o recolhimento do Finsocial calculado por alíquotas superiores a 0,5%, requerendo a restituição do montante recolhido indevidamente. Em 21/06/1995, adveio sentença que julgou procedente o seu pedido, condenando a União a devolver os valores indevidamente, acrescidos de correção monetária, a contar da data do recolhimento, com base nos mesmos índices de atualização monetária dos tributos federais, além de juros de 1% a.m., a partir do trânsito em julgado da ação, o que ocorreu, nesses termos, em 11/06/1996. Com base na decisão judicial transitada em julgado, a Recorrente, nos períodos de apuração compreendidos entre fevereiro e junho de 1997, utilizou seus créditos para liquidar parte dos débitos de Cofins, recolhendo a diferença mediante DARF, da seguinte forma (transcrição da planilha da fl. 112):

PERÍODO DE APURAÇÃO	DÉBITO APURADO	COMPENSAÇÃO	PAGAMENTO	TOTAL	AUTUAÇÃO VALOR HISTÓRICO
Fev/97	1.991,16	1.393,82	597,34	1.991,16	1.393,82
Mar/97	1.541,07	1.078,75	462,32	1.541,07	1.078,75
Abr/97	1.945,35	1.361,74	583,61	1.945,35	1.361,74
Mai/97	2.205,12	1.543,59	661,53	2.205,12	1.543,59
Jun/97	2.088,18	1.461,73	626,45	2.088,18	1.461,73

Invoca o princípio da verdade material, para pedir que os documentos que agora aporta ao processo sejam analisados. Cita jurisprudência administrativa. Acrescenta que, na petição inicial da ação judicial, a Recorrente, à época denominado de Promentec, apresentou uma planilha com os valores históricos a restituir a título de Finsocial (fl. 11, negrito na transcrição):

*"Para **tentar** visualizar quais eram os créditos no momento em que as compensações, cujos valores são objeto da presente autuação, a*

Recorrente, desconsiderando os termos da atualização determinados na sentença, fez a atualização aproximada, utilizando o provimento 24/97, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, visto serem créditos formalizados em ação de repetição de indébito.

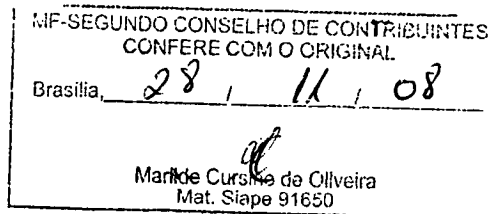
Trata-se, portanto, de uma atualização aproximada, em que se pretende demonstrar o montante de créditos que a recorrente tinha quando as compensações ocorreram."

Na continuação, a Recorrente elabora dois demonstrativos do valor histórico e do valor atualizado dos créditos de titularidade da matriz e de sua filial 0002 – Diadema. (fls. 115 a 117). Informa que, embora a autoridade fiscal tenha exigido a apresentação de demonstração do histórico das compensações, em contrapartida aos créditos existentes, tal documento não pôde ser produzido seja porque se passou muito tempo desde que as compensações foram realizadas, seja porque tal documento não teria qualquer fé pública, já que elaborado unilateralmente pela contribuinte. Entende que compete à autoridade administrativa recorrer aos documentos fiscais da contribuinte para verificar a sua regularidade. Nada obstante, a recorrente apresenta o demonstrativo das fls. 118 e 119 das compensações realizadas pela matriz e filiais com base nos créditos apurados em razão da decisão judicial proferida nos autos do processo nº 93.0030249-3. Entende estar demonstrado que o valor dos créditos sobrepujou o das compensações realizadas, que montaram a apenas R\$ 232.615,94, contra crédito de mais de R\$ 700.000,00.

Conclui, suplicando reforma da decisão da DRJ-CPS, para o fim de ser cancelado o lançamento objeto do auto de infração eletrônico nº 0000103, fls. 10 e 11.

É o Relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28 / 11 / 08
af
Marilda Cursino da Oliveira
Mat. Slape 91650



Voto

Conselheiro ALEXANDRE KERN, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 106 a 121 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-CPS nº 05-13.275, de 16 de maio de 2006.

Em breve resumo, o presente processo trata dos famigerados lançamentos eletrônicos decorrentes de auditoria automática da DTCF do 1º e 2º trimestres de 1997, em que a declarante, ora recorrente, informou que seus débitos de Cofins dos meses de fevereiro, março, abril, maio e junho daquele ano, nos valores de R\$ 1.393,82, R\$ 1.078,75, R\$ 1.361,74, R\$ 1.543,59 e R\$ 1.461,73, haviam sido compensados com créditos reconhecidos pela sentença que transitou em julgado nos autos do processo judicial nº 96.00.005744-4. Sob o fundamento "*Proc. Jud não comprovad*" (Anexo I – DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS VINCULADOS NÃO CONFIRMADOS, fls. 12 e 13), o Fisco (no caso, o computador do SERPRO) não acolheu a exceção de compensação e lançou de ofício os referidos débitos, com os consectários de praxe, formalizando a exigência constante do Auto de Infração nº 0000103, fls. 10 e 11 e anexos. Em sua impugnação (fls. 1 a 6), o autuado ratifica a exceção de extinção dos débitos pela via da compensação em virtude de decisão judicial nos autos do processo já mencionado e pelo pagamento, explicando como se deu essa extinção e esclarecendo os trâmites do processo, até o trânsito em julgado em 1996. A Defesa explica ainda as efemérides da situação societária da pessoa jurídica, tudo para, ao final, pedir o cancelamento do AI, requerendo a posterior juntada de documentos, tendo em vista a morosidade da emissão de certidões por parte dos órgãos públicos¹.

O processo subiu para julgamento na DRJ-Campinas-SP/1ª Turma, que houve por bem em devolvê-lo à DRF de jurisdição, para que aquela autoridade preparadora verificasse a existência do amparo judicial à compensação alegada e informasse se o crédito eventualmente reconhecido na ação proposta era suficiente para afastar a exigibilidade dos débitos declarados (Resolução DRJ/CPS nº 911, de 17 de fevereiro de 2006, fls. 74-5). A interessada, que, passados quase quatro anos de sua impugnação, ainda não havia juntado as certidões que prometera, foi intimada a apresentar cópia do processo da ação judicial em questão, bem assim a elaborar planilha demonstrativa do crédito e sua utilização (Termo de Intimação Fiscal nº 033/2006, fl. 76). A interessada, infelizmente, deixou transcorrer o prazo que lhe foi aberto para a produção das provas de suas próprias alegações, motivo pelo qual a DRF-SSO devolveu o processo à DRJ-CPS para julgamento.

Em face da inexistência de prova do crédito alegado, o lançamento foi julgado parcialmente procedente, com cancelamento da aplicação da multa de lançamento de ofício, por retroação benigna da norma tributária penal mais branda, contida no art. 18 da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro

¹ Curiosamente, o mesmo contribuinte, intimado, na mesma data, do auto de infração eletrônico nº 0000104 (PIS/1997, processo administrativo fiscal nº 10821.000269/2002-56), não teve qualquer dificuldade para produzir provas idênticas a que deveria ter produzido no presente processo!

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL.	
Brasília,	28 / 11 / 08
	
Marilde Cursino de Oliveira	
Mat. SIAPE 91650	

de 2003, observado o art. 25 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, alterado pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 11/07/2006 (A.R. na fl. 96), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 10/08/2006, instruído com os documentos das fls. 122 a 445.

A propósito da possibilidade de exame destes novos documentos, valho-me das considerações do ilustre Conselheiro Antônio Zomer, exaradas por ocasião do voto-condutor do Acórdão nº 202-18.597, de 12 de dezembro de 2001, da Segunda Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes, que adoto plenamente como razão de decidir:

"A possibilidade de exame destes novos documentos deve ser avaliada à luz dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal. Dispõe o Decreto nº 70.235/72, verbis:

'Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

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; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

[...]



2º CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	28, 11, 08
	
Marilde Cursino de Oliveira Mat. Siapex 91650	

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).'

De acordo com as normas processuais, é na impugnação que a lide é demarcada e o processo administrativo propriamente dito tem início, com a instauração do litígio, não se permitindo, a partir daí, a abertura de novas teses de defesa ou a apresentação de novas provas, a não ser nas situações legalmente excepcionadas. A este respeito, Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Tereza Martínez López asseveram que "a inicial e a impugnação fixam os limites da controvérsia, integrando o objeto da defesa as afirmações contidas na petição inicial e na documentação que a acompanha".

Antônio da Silva Cabral, no seu livro "Processo Administrativo Fiscal" (Ed. Saraiva: São Paulo, 1993, p. 172), assim se manifestou sobre o assunto:

'O termo latino é muito feliz para indicar que a preclusão significa impossibilidade de se realizar um direito, quer porque a porta do tempo está fechada, quer porque o recinto onde esse direito poderia exercer-se também está fechado. O titular do direito acha-se impedido de exercer o seu direito, assim como alguém está impedido de entrar num recinto porque a porta está fechada.'

Na página seguinte, o mesmo autor, reportando-se aos órgãos julgadores de segunda instância, completa:

'Se o tribunal acolher tal espécie de recurso estará, na realidade, omitindo uma instância, já que o julgador singular não apreciou a parte que só é contestada na fase recursal.'

Cintra, Grinover e Dinamarco, no livro Teoria Geral do Processo, assim se posicionam sobre a preclusão:

'o instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão[...].'

Ensinam, também, estes doutrinadores que:

'a preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação



de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.'

As alegações de defesa são faculdades do demandado, mas constituem-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não sendo praticado no tempo certo, surgem para a parte conseqüências gravosas, dentre elas a perda do direito de fazê-lo posteriormente, pois opera-se, nesta hipótese, o fenômeno da preclusão, isto porque o processo é um caminhar para a frente, não se admitindo, em regra, ressuscitar questões já ultrapassadas em fases anteriores.

De acordo com o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, supratranscrito, só é lícito deduzir novas alegações em supressão de instância quando: 1) relativas a direito superveniente; 2) competir ao julgador delas conhecer de ofício, a exemplo da decadência; ou 3) por expressa autorização legal.

O § 5º do mesmo dispositivo legal exige que a juntada dos documentos deve ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

No caso desses autos, a recorrente não se preocupou em produzir as provas que havia prometido, direito pelo qual protestara veemente em sua peça de impugnação, pretextando a morosidade dos órgãos públicos na emissão de certidões. Tampouco comprovou a ocorrência de qualquer das hipóteses das alíneas "a" a "c" do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março 1972 – PAF, que justificasse a apresentação tão tardia dos referidos documentos. Aliás, a recorrente dá mostras de total descaso para com seus deveres processuais (e também com suas obrigações acessórias, tanto que deixou de atualizar os dados cadastrais de sua acidentada vida societária – fl. 449), a ponto de se eximir de apresentar os demonstrativos solicitados pela Fiscalização, atribuindo ao Fisco o dever de produzir a prova que lhe competia, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Desta forma, deixo de considerá-los no julgamento da presente lide, até porque, como bem frisado pela própria recorrente, trata-se de documentação que não sofreu o crivo da administração tributária. O reconhecimento do direito à compensação deve resultar da regular apuração do *quantum* a repetir, sem a qual os débitos não podem ser compensados. Na situação em que o direito aos créditos é reconhecido na via judicial, é imprescindível a formalização de

processo administrativo, independentemente de a compensação se dar com tributos da mesma espécie ou não, pelo que, inexistindo tal processo, mantém-se o lançamento cujos créditos não são demonstrados pela contribuinte.

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 29 de outubro de 2008


ALEXANDRE KERN

