



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 15 / 04 / 05
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

Recorrente : DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 03 / 11 / 04
VISTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. A desistência formal de litígio implica o não julgamento do mérito, no tocante à matéria objeto da desistência, haja vista que a ação perdeu seu objeto.

PERÍCIA.

Constando do processo todos os elementos de prova necessários à livre convicção do julgador é de ser denegada a perícia suscitada pela recorrente.

DECADÊNCIA.

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

COMPENSAÇÃO.

A compensação é um direito discricionário da contribuinte, não cabendo ao Fisco realizá-la de ofício, nem podendo ser usada, caso não tenha sido realizada antes do início do procedimento fiscal, como razão de defesa para elidir lançamento decorrente da falta de recolhimento de tributo devido.

COMPENSAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE CRÉDITOS.

Constatado em procedimento de verificação fiscal que os créditos oriundos de recolhimento a maior, a título do Finsocial, cujo direito compensatório foi reconhecido pelo Judiciário, são insuficientes para fazer frente à Cofins devida é cabível o lançamento de ofício da contribuição não extinta pela compensação.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

I) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso quanto à decadência. Vencidos os Conselheiros Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski e Adriene Maria de Miranda (Suplente). **II) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso na parte remanescente.**

Sala das Sessões, em 14 de setembro de 2004

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Maranhã
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Jorge Freire e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

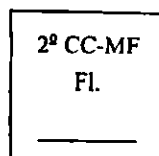
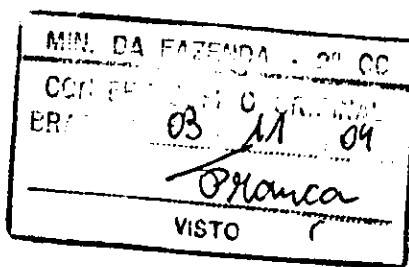
Ausente o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

cl/opr



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760



Recorrente : DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração de COFINS relativa aos períodos de apuração de janeiro, março a setembro e dezembro/97; fevereiro a novembro/98; janeiro a julho e outubro a dezembro/2000; fevereiro, julho, agosto, outubro novembro e dezembro/2001; janeiro, março a junho e agosto a outubro/2002 em virtude de falta de recolhimento da contribuição.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa, em síntese:

1. decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao período de janeiro/97 a abril/98, por ter se passado mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador;
2. a fiscalização não excluiu da base de cálculo da contribuição os valores pagos a subempreiteiros, o que entende ser facultado pelo parágrafo único do art. 10 da LC nº 70/91 em relação a contratos de longo prazo, produção em longo prazo e contratos com entidades governamentais. Observa que em relação aos últimos já obteve autorização de efetuar o diferimento, o mesmo não ocorrendo com o direito de excluir da base de cálculo a parcela relativa à subcontratação;
3. as planilhas fiscais indicam recolhimento a maior em alguns períodos que não foram considerados para compensação nos períodos em que houve recolhimento a menor;
4. a simples falta de informação em DCTF da compensação efetuada e autorizada pelo Judiciário não pode invalidar o crédito tributário reconhecido judicialmente;
5. tantas foram as pequenas diferenças apontadas pelo Fisco nas planilhas que antes possuía que levou à sua desconsideração e elaboração de novas planilhas;
6. segundo o auto de infração, a insuficiência de recolhimento iniciou-se em setembro/96, todavia o relatório fiscal indica que "o primeiro fato gerador apontado como correspondente à insuficiência é março/96", o que dificultou a compreensão do feito fiscal;
7. não conseguiu comprovar nem justificar o valor de R\$ 1.307.242,89 constante do título "saldo não comprovado", razão pela qual efetuou o seu parcelamento no Refis; e
8. pede realização de diligência para comprovar suas alegações acerca da regularidade do procedimento compensatório.

A DRJ em Curitiba - PR manifestou-se por meio do Acórdão DRJ/CTA nº 4.055, de 07/07/2003, fls. 2.570/2.584, julgando procedente o lançamento.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CONT. O ORIGINAL
BRASIL 03 11 04
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

A contribuinte, por meio do recurso voluntário, fls. 2.577/2.640, demonstra seu inconformismo com a decisão proferida pela instância *a quo*, arguindo em sua defesa, em síntese:

1. o aditamento à impugnação protocolado em 09/09/2003, relativo à desistência da impugnação da parcela do lançamento relativa à subempreitada que não foi apreciado pela DRJ, por consequência, não pode incluir tal débito no PAES até a presente data;
2. a opção pelo PAES se deu em 30/07/2003 e sua confirmação se efetivou sob o código RF 135094880BR com conta PAES nº 610300227896, tendo sido a cobrança do débito não impugnado suspensa, ficando, porém, o detalhamento dos débitos inclusos naquele programa suspenso até que se decida sobre a parcela que foi objeto do aditamento protocolado em 09/09/2003;
3. a autuação deu-se não pela insuficiência de recolhimento, mas por glosa de compensação efetuada e autorizada pelo Judiciário, pelo fato de a recorrente não haver informado tal compensação em DCTF;
4. não foram considerados os recolhimentos efetuados a maior pela contribuinte para efeito de compensação com os valores recolhidos a menor;
5. decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito relativo ao período de janeiro/97 a abril/98, por ter se passado mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador;
6. o fato de não ter sido a compensação declarada em DCTF não tem o condão de inviabilizar a compensação regularmente efetuada pela empresa, inclusive com autorização judicial;
7. a fiscalização deveria ter efetuado planilha contendo o total dos créditos oriundos da ação judicial para, na mesma planilha, ir anotando os valores compensados, demonstrando a insuficiência de crédito alegada;
8. deveria ter sido considerado o montante da atualização deferido pela decisão judicial, no que diz respeito à atualização (correção monetária até 1996) e os juros atribuídos pela decisão judicial, o que não foi feito;
9. o fato de não haver sido confeccionada planilha com os créditos existentes em favor da recorrente e os débitos compensados indica cerceamento de direito de defesa, pois não lhe foi fornecido elemento para conferir os saldos e valores utilizados pelo Fisco;
10. tendo a fiscalização desconsiderado a compensação efetuada pela recorrente, por não ter sido declarada em DCTF, não foram elaboradas planilhas nem consideradas as atualizações monetárias e os juros autorizados pelo Poder Judiciário;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC	
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASIL	03 14 04
<i>[Assinatura]</i>	
VISTO	

2ª CC-MF
Fl.

11. as planilhas apresentadas não foram desqualificadas pelo Fisco em nenhum momento, motivo pelo qual solicita diligência para se levantar os valores existentes a título de crédito do Finsocial a favor da recorrente; e
12. apresenta planilhas demonstrando os valores creditórios que julga possuir em virtude da decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 93.15117-7, os valores recolhidos a maior que não foram utilizados pelo Fisco para compensar os recolhidos a menor, os valores relativos à subempreitada, e a base de cálculo da Cofins.

Foi efetuado arrolamento de bens segundo informação de fl. 2.661 permitindo o seguimento do recurso interposto.

É o relatório.



MIN. FAZ.	1.00
CON. C.	CON. C.
BRASILIA	03/11/04
VISTO	

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Primeiramente é de se ressaltar que o valor de R\$ 1.307.242,89, listado na coluna "valor devido", fls. 1.020/1.021 não é objeto de litígio desde a impugnação e que os valores relativos à exclusão da base de cálculo da contribuição referentes a subempregadas também foi objeto de desistência de litígio por parte da recorrente, conforme comprova o pedido protocolado em 09/09/2003, fls. 2.591/2.595, confirmado no recurso voluntário interposto. Assim sendo, não fazendo parte do litígio não serão estas questões objeto de manifestação por parte deste Colegiado.

Em relação à decadência do direito de constituir o crédito da Cofins, tem-se que seu prazo é de 10 anos, e não 5 anos, como alegou a impugnante. Observemos o art. 150, § 4º, do CTN, que assim dispõe:

"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 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." (grifo nosso)

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

A Cofins é contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, inciso I, da Constituição Federal, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991 e republicada em 11/04/1996, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e cujo art. 45 prevê:

"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; (...)." //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

MEL. 01	21	00
COFINS	03	11/04
BR	VISTO	

2º CC-MF
Fl.

Desta forma, quando da lavratura do Auto de Infração em tela (12/05/2003), ainda não decaíra o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento relativo aos períodos de janeiro/97 a abril/98 uma vez que a Peça Infracional foi lavrada antes de transcorridos os dez anos previstos na lei.

Vale ressaltar aqui que a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, a larga maioria, votou pelo reconhecimento do prazo decenal para a COFINS.

Verifica-se que idêntico posicionamento foi adotado pela Segunda Turma do STJ, quando do julgamento do RESP 475559/SC, datado de 17/11/2003, tratando de contribuições previdenciárias, cuja ementa encontra-se assim transcrita:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

CF/88 E LEI Nº 8.212/91.

1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal.

2. In casu, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

3. Recurso Especial parcialmente provido."

Quanto à solicitação de compensação com créditos de recolhimentos a maior, a título da própria Cofins, é de se observar que não há, no processo, qualquer registro contábil, de que a compensação tivesse sido executada pela contribuinte e desconsiderada pelo Fisco. Tanto é que mesmo na impugnação e no recurso a contribuinte apenas menciona a existência de créditos tributários, não fazendo prova da efetividade da compensação.

Ainda que tenha efetuado, comprovadamente, pagamento a maior de créditos tributários devidos, poderia, a contribuinte, solicitar a compensação com outros débitos, nos termos da legislação que disciplina a matéria. Todavia, o direito compensatório, não comprovadamente exercido pela recorrente antes do início da ação fiscal, não há de ser utilizado como argumento de defesa, na fase impugnatória ou recursal, para elidir cobrança de tributo devido e não recolhido.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

Nº	03/11/04
ER	
VISTO	

2ª CC-MF
Fl.

Ressalte-se que a compensação é um direito discricionário da contribuinte, cabendo a ela exercê-lo, como desejar, **dentro das condições previstas na legislação** que disciplina a matéria, não podendo o Fisco realizá-la de ofício.

No que tange às compensações decorrentes de crédito advindo de recolhimento a maior do Finsocial, cujo direito compensatório foi reconhecido pelo Judiciário, é de se observar, primeiramente, que a glosa não se deu unicamente, como faz crê a recorrente, pelo fato de tal compensação não haver sido declarada em DCTF, mas, principalmente, pela inexistência de crédito a favor da recorrente que fizesse frente aos seus débitos.

O levantamento detalhado dos créditos advindos do Finsocial foi efetuado pelo Fisco, conforme comprovam os documentos que apuraram a base de cálculo do Finsocial e da Cofins, até 12/96 e os pagamentos efetuados (fls. 29/33); base de cálculo do Finsocial e da Cofins, até 12/96 (fls. 211/213); listagem de pagamentos do Finsocial e da Cofins, até 12/96 (fls. 215/216); imputação dos débitos apurados X pagamento realizado do Finsocial e da Cofins, até 12/96 (fls. 217/221); o saldo de pagamento do Finsocial recolhido a maior (fls. 222/223); levantamento dos depósitos judiciais efetuados a título de Finsocial (fls. 266/267); conversão do depósito judicial efetuado a título do Finsocial em renda para a União (fl. 268); e os débitos remanescentes a título da Cofins após a compensação efetuada nos termos da planilha apresentada pela contribuinte de fl. 37 (fls. 988).

Do minucioso levantamento efetuado pelo Fisco constatou-se que os créditos existentes não foram suficientes para quitar a Cofins de todos os períodos pretendidos pela recorrente (fl. 37), restando saldo devedor a partir de setembro/96, conforme comprovam os documentos de fl. 988. Todavia, o presente Auto de Infração só inclui os períodos de apuração iniciados a partir de janeiro/97, tendo sido os débitos anteriores lançados em outro processo administrativo, segundo informação contida no Termo de Encerramento de Ação Fiscal.

Observe-se, ainda, que os valores informados pela contribuinte, no curso da ação fiscal, fl. 37, como compensados iam até o período de junho/98. Comparando os valores informados pela contribuinte à fl. 37 como compensados e os demonstrativos fiscais de fls. 962/963 verifica-se que os débitos objeto do presente lançamento não correspondem exatamente à compensação pretendida.

De acordo com o Demonstrativo da Situação Fiscal Apurada, fls. 962/967, o Fisco constatou divergência entre a contribuição declarada como devida e a levantada pelo Fisco. A diferença apurada foi objeto do presente lançamento e os valores apurados no curso da ação fiscal foram obtidos da escrituração contábil fiscal da recorrente.

Na fase impugnatória a recorrente apresentou nova planilha de compensação, fls. 1029/1030, modificando os valores que teria compensado, estendendo a compensação até junho/99.

Como bem frisou a decisão recorrida, tal planilha não deve ser levada em consideração, porque apresentada após o início da ação fiscal quando a contribuinte não mais gozava do instituto da espontaneidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

MIN. DA FAZ. 10980.004872/2003-65
C.F. 125.185
03/11/04
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

De acordo com o disposto no inciso I do art. 7º do Decreto nº 70.235/72, que rege o Procedimento Administrativo Fiscal, o procedimento de ofício tem início com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto, o que no caso em concreto significa o Termo de Início de Fiscalização. Continuando, o referido dispositivo legal, no seu § 1º, dispõe que o início do procedimento de ofício exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Ou seja, após haver sido notificada do início da ação fiscal e do próprio auto de infração, portanto quando não mais gozava da espontaneidade, a contribuinte apresentou nova planilha de compensação, como se esta houvesse sido efetuada ao amparo do instituto da espontaneidade. Estas pretensas compensações não podem ser opostas ao lançamento como forma de elidi-lo.

“Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.”

Aceitar tais compensações como possíveis de serem opostas ao lançamento seria aceitar a absurda hipótese de um crédito tributário já existente, pela ocorrência do seu fato gerador, e devido, ficasse ao aguardo de um pedido de compensação que poderia ou não ser efetuado, já que o direito compensatório é discricionário do sujeito passivo, não podendo o Fisco realizá-lo de ofício sob qualquer hipótese, o que é inadmissível.

Assim, neste sentido, não merecem acolhida os argumentos da recorrente.

Ademais disto, como restou demonstrado nos autos, o crédito da contribuinte esgotou-se em setembro/96, e como o Auto de Infração inicia-se no período de janeiro/97 é de se concluir que não havia qualquer crédito em favor da recorrente para fazer frente aos débitos lançados.

Quanto ao pedido de perícia formulado, indefiro-o por considerar desnecessária, já que o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador, conforme o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72 (PAF), a seguir transcrito:

“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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA F.	12	03
CONFERE COM O ORIGINAL		
BRASÍLIA	03	11/09
<i>BKama</i>		
VISTO		

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.004872/2003-65
Recurso nº : 125.185
Acórdão nº : 202-15.760

ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine." (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto.

Sala das Sessões, em 14 de setembro de 2004

Nayra Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA