



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 13808.004585/00-58  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 3403-002.574 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de outubro de 2013  
**Matéria** COFINS  
**Embargante** ADMINISTRADORA E CONSTRUTORA SOMA LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/03/2000

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

No cometimento de omissão pelo julgado, cabem embargos de declaração fundados no permissivo do artigo 65 do RICARF, a fim de suprir-lhe a deficiência.

Embargos parcialmente acolhidos, sem efeito modificativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial aos embargos de declaração, apenas para o fim de suprir a omissão concernente ao exame das DCTFs retificadoras de 12 de abril de 2000, sem que daí, todavia, decorra alteração no resultado do julgamento. Esteve presente o Dr. Ricardo Alexandre Hidalgo Pace, OAB/SP n° 182.632.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Marcos Tranches Ortiz – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesí Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

## Relatório

Trata-se de embargos de declaração (fls. 1000/1006) por intermédio dos quais suscita a embargante o cometimento de uma omissão e de uma contradição no v. acórdão n. 3403-01.654 (fls. 978/984).

Dentre outros fundamentos, o recurso voluntário fundava-se nos seguintes:

(i) meses antes do procedimento fiscal que redundaria na lavratura do auto de infração, a recorrente teria transmitido DCTFs retificadoras, por via das quais teria confessado débitos tributários em valor inclusive superior àquele objeto do lançamento de ofício impugnado, fato este que tornaria o ato administrativo dispensável, ante a possibilidade de o Fisco inscrever o crédito diretamente em dívida ativa; e

(ii) por meio de ação rescisória – autos n. 2007.03.00.036453-1, distribuídos ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região – a recorrente teria conquistado medida liminar que lhe permitiria apurar a COFINS sem incluir na respectiva base de cálculo as receitas determinadas pelo artigo 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98.

O primeiro argumento descrito acima o v. acórdão embargado rejeitou escorado em duas razões. De acordo com as informações fiscais de fls. 902 e 905 a 908 prestadas por ocasião de diligência determinada por este Colegiado, as DCTFs retificadoras a que aludia a recorrente não constam da base de dados da RFB como tendo sido entregues e, mais do que isso, o carimbo de recepção encontrável nas cópias apresentadas pela interessada não se assemelharia aos utilizados pela administração no período considerado. Além disso, como a recorrente não teria atendido à intimação para exibição do protocolo original das declarações em cogitação, esta C. Terceira Câmara desproveu o recurso por considerar não comprovada a entrega.

O v. acórdão embargado consignou, ainda, que o argumento não poderia prosperar mesmo que a prova houvesse sido produzida. Afinal:

*“(...) à época dos fatos, somente os saldos a pagar consignados na declaração – é dizer, somente a diferença entre os débitos declarados e os créditos a ele vinculados pelo declarante – constituíam confissão de dívida passível de inscrição sem prévio lançamento.*

*(...)*

*Em nenhuma das DCTFs retificadoras supostamente apresentadas há, todavia, ‘saldo a pagar’. Em outras palavras, para efetivar a exigência dos débitos ali noticiados, o Fisco não poderia proceder senão formalizando o lançamento de ofício.*

*Vou além. Nas DCTFs retificadoras, a recorrente não informa ‘saldo a pagar’ simplesmente porque, como dito, vincula ao débito declarado créditos provenientes de atos extintivos da*

*obrigação e de causas de suspensão de exigibilidade. Novamente valho-me da apuração de fevereiro de 1999 para dizer que, no período, o débito de R\$ 80.466,87 está integralmente associado a supostos créditos resultantes de pagamento (R\$ 3.849,83), parcelamento (R\$ 14.990,91) e compensação (R\$ 61.626,13).*

*Significa que, independentemente da celeuma em torno da veracidade do protocolo de entrega das retificadoras, o auto de infração seria insubsistente em se comprovando a efetiva ocorrência dos eventos extintivos e das causas de suspensão de exigibilidade a que as declarações remetem. Estamos a falar, aqui, de fatos extintivos ou modificativos do direito de crédito constituído através do auto de infração, cuja prova constitui ônus do qual a recorrente não se desincumbiu (artigo 333, do Código de Processo Civil).”*

A sua vez, a notícia da tramitação de ação rescisória por meio da qual a recorrente pleiteia o afastamento do artigo 3º, §1º da Lei n. 9.718/98, levou o v. acórdão embargado a reconhecer a renúncia tácita ao contencioso administrativo e, nesta parte, a não conhecer do argumento de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo que a recorrente deduzira no seu voluntário.

Pois bem. Intimada do julgado, a recorrente achou por bem lhe opor os presentes embargos de declaração, a fim de afirmar: (i) o cometimento de omissão, resultante de negligência no exame dos protocolos originais das tais DCFTs retificadoras que, segundo acosta à peça, teriam, sim, sido trazidos aos autos ao ensejo da realização da diligência; (ii) a existência de contradição no aresto, eis que à época em que decidido o voluntário, já houvera sido prolatado acórdão na ação rescisória intentada para afastar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.718/98. Pede, ao final, que se atribua efeitos infringentes aos embargos.

Eis aí o relatório do necessário.

## Voto

Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz

Os embargos de declaração em julgamento são tempestivos e, como deduzem hipóteses permissivas à luz do artigo 65, do Regimento Interno do Órgão, deles se conhece.

Examinemos, de início, o apontado vício de omissão.

Sustenta a embargante que, ao contrário do consignado no aresto embargado, dera cumprimento à intimação recebida da unidade de origem ao ensejo do cumprimento da diligência determinada por este Colegiado, a fim de trazer aos autos os protocolos originais das DCTFs retificadoras com base nas quais sustenta o descabimento do auto de infração. Para comprovar o que afirma, colaciona aos autos, de fato, cópia de petições endereçadas à DRF/SP em 11.04.2011 e em 28.04.2011, por meio das quais supostamente cumpriu com a determinação (fls. 1.007/1.010 e 1.024/1.026).

Especulo que a autoridade de origem não tenha tido acesso às petições em questão antes de remeter os autos em devolução a este Colegiado, a fim de que o julgamento do

recurso voluntário fosse retomado, uma vez que o prazo de dez dias assinalados à recorrente na intimação para tanto já se havia esgotado em alguns dias quando dos respectivos protocolos. Como não constavam dos autos em 26 de junho de 2012, data em que o recurso foi julgado, os documentos – isto é, os protocolos das DCTFs retificadoras que a interessada alega ter entregue antes do início da ação fiscal – acabaram não examinados na ocasião.

E ainda que a parte tenha respondido com ligeiro atraso à intimação, parece-me legítimo que se lhe reconheça o direito ao exame, sobretudo por se tratar de prazo impróprio, cuja desobediência a rigor não deflagra os efeitos da preclusão.

Pois embora a omissão me pareça, de fato, caracterizada (digo “pareça” porque o acesso às DCTFs digitalizadas não permite afirmar que os respectivos protocolos de entrega são realmente originais), os efeitos infringentes que a embargante pretendeu obter com o saneamento do vício são evidentemente incabíveis. Como relatado, o aresto embargado fundamentou-se em dois argumentos autônomos e individualmente suficientes para desprover a alegação de que a lavratura do auto de infração fosse prescindível: (i) a insuficiência da prova quanto à efetiva transmissão das declarações retificadoras antes do início da ação fiscal, e (ii) a insuficiência da prova quanto aos eventos extintivos aos quais a interessada vinculara o débito tributário supostamente informado nas tais retificadoras.

Por isso, ainda que as petições ora juntadas às fls. 1.007/1.010 e 1.024/1.026 comprometam o primeiro argumento, o resultado do julgamento persistiria amparado no segundo que, como exposto, é suficiente para tanto.

Vejamos, agora, a alegada contradição cometida pelo aresto embargado.

Sustenta a interessada que o auto de infração objeto do recurso voluntário fora lavrado pelas instâncias de origem já com a exigibilidade suspensa e sem que lhe fosse imposta a multa de ofício, justamente em razão da pré-existência de ação judicial em que discute a inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º, da Lei n. 9.718/98. Como, em suas palavras, a autuação é “decorrente” da demanda judicial, o v. acórdão de fls. 978/984 teria incorrido em contradição ao desconhecer do argumento de inconstitucionalidade reproduzido no recurso voluntário.

Razão não assiste, aqui, à embargante. No seu recurso voluntário, a recorrente pedia que se lhe reconhecesse a inconstitucionalidade do dispositivo legal acima, a fim de que a base de cálculo da exação acabasse restrita às receitas originadas da venda de serviços e de mercadorias. Pretensão idêntica e fundada na mesma causa de pedir fora, entretanto, formulada às autoridades judiciárias, em demanda de iniciativa da própria embargante, o que caracteriza a concomitância dos pleitos e, em conseqüência, a prevalência do que se vier a decidir a respeito na esfera jurisdicional.

E não tem nenhuma relevância no deslinde deste aspecto que o auto de infração já tenha sido originalmente lavrado com a exigibilidade suspensa. Isso só demonstra que a autoridade encarregada de formalizá-lo tinha conhecimento da existência de processo judicial cujo resultado é prejudicial à manutenção da exigência. Não significa, todavia, que a inconstitucionalidade do dispositivo legal fosse passível de exame no processo administrativo depois de ter constituído a causa de pedir da demanda judicial.

Não havendo contradição a sanar, voto pelo provimento parcial destes embargos de declaração, apenas para o fim de suprir a omissão concernente ao exame das DCFTs retificadoras de 12 de abril de 2000, sem que daí, todavia, decorra alteração no resultado do julgamento.

Processo nº 13808.004585/00-58  
Acórdão n.º **3403-002.574**

**S3-C4T3**  
Fl. 7

---

Ressalvo, contudo, que a autoridade de origem, ao dar cumprimento ao quanto aqui decidido, deverá certificar-se de estar procedendo em conformidade com os provimentos jurisdicionais conquistados pela recorrente na ação rescisória de sua autoria, autos n. 2007.03.00.036453-1.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Tranchesi Ortiz