



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

Processo nº 10283.000375/2009-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.400 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2014
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2004 a 31/03/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Na relação jurídico-tributária o ônus *probandi* incumbi *ei qui decit* (a quem afirma). No caso de pedido de restituição, cabe ao Contribuinte apresentar à autoridade competente os elementos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito pleiteado. Recusando-se o contribuinte a apresentar os elementos de prova solicitados pela RFB, não há como prosperar o pedido de restituição.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto, que davam provimento para anular o despacho decisório da DRF. O Conselheiro Alexandre Gomes fará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSE DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 02/02/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto e Paulo Guilherme Déroulède.

Relatório

Trata o presente de pedido de restituição de Cofins do período de apuração de março de 2004, apresentado pela empresa AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A, combinado com declaração de compensação de débitos da própria interessada.

Inicialmente o pedido de restituição foi indeferido, e as compensações não foram homologadas, porque a empresa Recorrente não atendeu a intimação para apresentar diversos documentos.

Contra esta decisão, a empresa apresentou manifestação de inconformidade provando que tinha apresentado resposta à intimação no prazo nela fixado.

Em razão disto, a DRJ converteu o julgamento em diligência para que a DRF analisasse o mérito do pedido da Recorrente haja vista que ela atendeu à intimação que deu azo ao indeferimento de seu pedido de restituição.

Em atendimento à decisão da DRJ, a Unidade Local da RFB intimou, e re-intimou por mais duas vezes, a empresa Recorrente a apresentar a documentação comprobatória do crédito pleiteado. Em resposta, a empresa informa que está com dificuldades para gerar os arquivos solicitados, apresentando unicamente cópia do LALUR.

Pela falta de comprovação do recolhimento a maior da Cofins, a DRF em Manaus - AM indeferiu o pedido de restituição da interessada e não homologou as compensações declaradas.

Ciente desta decisão, a empresa Recorrente apresentou suas considerações, que foram resumidas pela decisão recorrida nos seguintes termos:

- a) A fiscalização ignorou a dificuldade prática enfrentada pela empresa para obtenção dos arquivos solicitados;
- b) As decisões são nulas porque partem da equivocada premissa de que a empresa não teria atendido, no primeiro caso, o termo de intimação, e no segundo *“toma por base o descumprimento inexistente de uma intimação em que estavam em análise outras declarações da contribuinte, ainda que referentes ao mesmo crédito”*;
- c) Acrescenta: *“ainda que a contribuinte tivesse de fato deixado de atender a intimação (...) jamais poderia essa omissão prejudicar o exame de outras PER/DCOMPs que não faziam parte do processo na época da intimação e, portanto, não eram por ela abrangidas”*;
- d) No mérito, contesta o indeferimento do pedido de cancelamento do PER/DCOMPs de finais 2429 e 4619;

e) Quanto à análise das compensações, reafirma a existência do crédito, alegando que os valores constantes do balancete analítico podem ser confirmados por meio de auditoria nos documentos contábeis e fiscais da empresa, em função da impossibilidade de geração dos arquivos solicitados.

A manifestação de inconformidade foi julgada pela DRJ Belém - PA, conforme Acórdão nº 01-23.957, de 10/01/2012.

Ao executar o acórdão e antes de dar ciência ao contribuinte, a DRF Belém – PA constatou a existência de dois dossiês vinculados a este processo que não tinham sido anexados, apresentados antes do julgamento da manifestação de inconformidade, e devolveu o processo para a DRJ apreciar.

A DRJ/Belém constatou que um dos dossiês referia-se à manifestação de inconformidade e que o outro era, de fato, novas alegações da empresa interessada, sintetizadas nos seguintes termos:

a) Novamente, que a fiscalização ignorou a dificuldade prática enfrentada pela empresa para obtenção dos arquivos solicitados, julgando improcedente a manifestação de inconformidade;

b) As decisões são nulas porque partem da equivocada premissa de que a empresa não teria atendido, no primeiro caso, o termo de intimação, e no segundo “toma por base o descumprimento inexistente de uma intimação em que estavam em análise outras declarações da contribuinte, ainda que referentes ao mesmo crédito”;

c) Acrescenta: “ainda que a contribuinte tivesse de fato deixado de atender a intimação (...) jamais poderia essa omissão prejudicar o exame de outras PER/DCOMPs que não faziam parte do processo na época da intimação e, portanto, não eram por ela abrangidas”;

d) No mérito, contesta o indeferimento do pedido de cancelamento do PER/DCOMP de final 2221, requerendo que, após deferido o pedido, sejam examinadas as compensações de finais 0450 e 0463, ainda válidas;

e) Quanto à análise das compensações, reafirma a existência do crédito, alegando que os valores constantes do balancete analítico podem ser confirmados por meio de auditoria nos documentos contábeis e fiscais da empresa, em função da impossibilidade de geração dos arquivos solicitados.

Diante destes fatos, a Turma de Julgamento apreciou as novas alegações da Recorrente e proferiu nova decisão, indeferindo o pleito da interessada, nos termos do Acórdão nº 01-24.015, de 10/01/2012, cuja ementa abaixo se reproduz:

CRÉDITO. COMPROVAÇÃO.

Diferente da hipótese de lançamento de ofício, em que o Fisco deve comprovar a infração cometida, no caso de pedido de restituição ou ressarcimento cabe à parte interessada provar que possui o direito invocado. Assim, ao efetuar o pedido, deve dispor a empresa dos elementos de prova que sustentarão seu pleito, sem o que será indeferido.

A Recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 23/02/2012, conforme AR, e, discordando da mesma, ingressou, no dia 12/03/2012, com Recurso Voluntário, no qual apresenta os seguintes argumentos:

1- nulidade das decisões da DRJ porque nas intimações que não foram atendidas não constavam os PER/DCOMP deste processo e, portanto, não há que se falar em não atendimento à intimação. O fato de a DRJ ter determinado a apreciação da resposta à intimação não sana a nulidade aqui argüida. O reconhecimento da nulidade tornaria obrigatório o retorno dos autos à autoridade administrativa de origem para que ela reexaminasse TODAS as declarações da contribuinte, sob pena de, em não fazendo, incorrer em supressão de instância;

2- ao contrário do alegado na decisão recorrida, na Manifestação de Inconformidade defendeu a nulidade das duas decisões proferidas pela SEORT, que adotavam como premissa o não atendimento de um termo de intimação quando, na verdade, viu-se que atendeu tempestivamente. Sendo nula a decisão SEORT, todas as declarações do contribuinte e os pedidos de cancelamento, devem ser reexaminados. Portanto, o pedido de cancelamento integra os limites da lide.

3- o indeferimento do pedido de cancelamento da PER/DCOMP final 2221 não tem sustentação legal porque não há prova nos autos de quando o contribuinte recebeu a Intimação nº 314/2005 e, portanto, não é possível afirmar que o cancelamento foi posterior à intimação. Ademais, a referida intimação não poderia alcançar declaração de cancelamento feita em data posterior à sua expedição.

4- renova os argumentos sobre a dificuldade para gerar os arquivos magnéticos, que considera o formato digital incompatível com a realidade dos seus clientes que moram em casebres no meio da floresta, devendo a Fiscalização examinar a documentação em papel, a ela disponibilizado;

5- nas duas PER/DCOMP não canceladas (finais 0450 e 0463), a Recorrente está pleiteando crédito da Cofins do PA março/04, relativo ao recolhimento de um único Darf, no valor de R\$ 2.208.000,00, posto que teve receita bruta de R\$ 135.733.704,01 e créditos de insumos adquiridos na ordem de R\$ 136.374.754,20, sendo apurado crédito nesse PA, conforme balancete analítico. Portanto, é indevido todo o valor recolhido a título de Cofins do PA de março/04. Para comprovar esse indébito, não é necessário o exame dos arquivos magnéticos solicitados pela Fiscalização (prova impossível). Basta examinar os papéis colocados à disposição da Fiscalização.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Como relatado, trata o presente processo do pedido de restituição integral da Cofins do mês de março/2004, combinado com declaração de compensação, por entender a Recorrente que os créditos apurados foram superiores ao débito da exação do mês de março de 2004.

Por meio do PER/DCOMP de final 2645, apresentado no dia 06/07/2005, a empresa Recorrente apresentou Pedido de Cancelamento da compensação declarada no PER/DCOMP de final 2221, que foi transmitido no dia 31/05/2004.

Sobre a decisão da DRF de cancelar a declaração de compensação, na forma do que dispõe o art. 67 da IN SRF nº 900/2008, a mesma é definitiva, não cabendo recurso à DRJ. Ao CARF também falece competência para tal matéria, a teor do art. 1º do seu Regimento Interno (Portaria MF nº 256/09).

Não merece prosperar a alegação de nulidade da decisão recorrida sob o fundamento de falta de apreciação de alegações e por ter a recorrente atendido às intimações.

Em primeiro lugar, todas as alegações da Recorrente foram apreciadas pela decisão recorrida e pela DRF. Tanto o é que, constatado que a Recorrente atendeu dentro do prazo a intimação expedida pela Fiscalização, a DRJ determinou que fosse apreciado o mérito do pedido de restituição. Para apreciar o mérito, por evidente, tem a autoridade competente da RFB o direito de pedir os elementos que, pela legislação de regência, está a Recorrente obrigada a possuir. E assim procedeu a Fiscalização com as infrutíferas Intimações e Re-intimações nº 00104/2011, 00143/2011 e 00219/2011, que solicitavam documentos e informações necessárias à apuração da liquidez e certeza do crédito pleiteado, relativos a pagamentos realizados no ano-base de 2004, incluindo o mês de março, objeto deste processo.

Em segundo lugar, ao contrário do alegado, a Recorrente nunca atendeu plenamente às intimações que visavam apurar a liquidez e certeza do crédito pleiteado.

Em terceiro lugar, a segunda decisão proferida pela DRJ, objeto deste recurso, apreciou todos os argumentos suscitados pela Recorrente, inclusive os apresentados adstempo.

Isto posto, não vejo nulidade na decisão recorrida.

Quanto ao mérito da lide (falta de apresentação de documentos e informações solicitadas em regular intimação fiscal), a Recorrente entende que para comprovar o indébito não é necessário o exame dos arquivos magnéticos solicitados pela Fiscalização, posto que é

uma prova impossível. Para ela, basta examinar os papéis colocados à disposição da Fiscalização. O Balancete Analítico é suficiente para apurar o valor da Cofins devida.

Infelizmente, a competência para apurar a liquidez e a certeza do crédito pleiteado é da autoridade da RFB. É ela, e não a Recorrente, que diz quais documentos e informações, previstos na legislação tributária, são necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito. A falta de apresentação da documentação/informação necessária à apuração da base de cálculo e dos créditos da Cofins não-cumulativa torna absolutamente impossível apurar eventual indébito.

Uma última questão, levantada pelo Conselheiro Alexandre Gomes, diz respeito à suposta supressão de instância pela falta de decisão da DRF. Engana-se o Ilustre Conselheiro porque o Parecer SEORT nº 00442/2010, igualmente aos outros dois pareceres, foi aprovado pelo chefe da SEORT/DRF/MNS/AM. Portanto, houve decisão, sim, da DRF e contra essa decisão é que a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade.

Por fim, ratifico e, supletivamente, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999¹).

Portanto, à mingua de prova do direito alegado, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Declaração de Voto

ALEXANDRE GOMES – Conselheiro.

Pedi vista do presente processo para melhor analisar todos os fatos elencados nas decisões proferidas e nos recursos protocolados.

O despacho decisório não homologou as compensações realizadas por entender que faltou comprovar a liquidez e certeza dos créditos utilizados. Como fundamento informou que a Recorrente teria sido cientificada de Termo de Intimação nº 031/09 e não teria lhe respondido. Em síntese é este o sentido do despacho decisório proferido pela DRF.

Com a manifestação de inconformidade apresentada, sobreveio prova de que a intimação foi atendida tempestivamente (fls. 95). O Relator do processo na DRJ, em despacho monocrático, reconhece a tempestividade da resposta e determina a realização de diligência para a aferição da liquidez e certeza do crédito.

Novas intimações da DRF são emitidas para o cumprimento dos termos da diligencia:

1) TIF 104/11 – Solicita: (i) arquivos magnéticos Ato COFIS 15/01 (Docs de Entrada e Saída, Registros Contábeis e Registros de Inventário entre outros); e (ii) LALUR

Prazo: 5 Dias – Ciência em 03/05/11 - Não cumprido

2) TIF 143/11 reintimação com novo pedido - Solicita: (i) arquivos magnéticos Ato COFIS 15/01 (Docs de Entrada e Saída, Registros Contábeis e Registros de Inventário entre outros); (ii) LALUR; e (iii) outras informações que o contribuinte achar necessárias.

Prazo: 5 Dias – Ciência em 03/06/11 Resposta requerendo 15 dias de prazo

3) TIF 219/11 reintimação com novo pedido - Solicita: (i) arquivos magnéticos Ato COFIS 15/01 (Docs de Entrada e Saída, registros Contábeis e Registros de Inventário entre outros); (ii) LALUR; e (iii) outras informações que o contribuinte achar necessárias.

Prazo: 5 Dias – Ciência 10/08/2011 – Cumprimento parcial -Resposta informando impossibilidade de gerar e validar os arquivos magnéticos e disponibiliza na sede da empresa os docs fiscais. Junta o LALUR de 2004

Após estes fatos a SAORT emite **parecer** propondo o não reconhecimento dos créditos pela ausência de comprovação de pagamento a maior. Corrobora os pareceres anteriores. Determina a intimação para manifestação da Contribuinte e remessa do autos para a DRJ para continuidade do julgamento.

Ato contínuo, o Relator do processo na DRJ submete o processo a julgamento no âmbito da DRJ, que mantém o indeferimento do pedido.

A primeira questão que coloco a apreciação deste colegiado é que, a meu ver, houve inequívoca supressão de instância, uma vez que o parecer exarado pela SAORT em resposta a diligência proposta, não pode substituir a necessidade de emissão de despacho decisório por parte da DRF originária.

A meu ver, diante da prova de que o fundamento utilizado pela SAORT ao emitir os despachos decisórios nos Pareceres nº 62/09 e 202/09, deveria ter a DRJ ter julgado procedente a manifestação do Recorrente e determinado à DRF que emitisse novo Despacho Decisório, iniciando-se a partir desta nova decisão proferida por autoridade competente a fase de julgamento no rito do PAF. Ou seja, deveria ter sido proferido o novo despacho decisório e intimada a contribuinte para apresentar nova manifestação de inconformidade.

Parece-me que, da forma como andou o processo, houve um “ajuste” no despacho originário que continha erro de fato, situação que não é permitida no estágio em que se encontrava o presente processo (aguardando julgamento da DRJ)

Não reconheço no parecer exarado para cumprimento da diligência determinada de ofício pelo relator do processo na DRJ, como suficiente para substituir a necessidade de emissão de novo despacho decisório.

Quanto ao mérito, de forma resumida, o fundamento da decisão recorrida foi a negativa na entregue dos arquivos magnéticos, motivo pelo qual os créditos foram negados.

O Fundamento legal citado na decisão foi:

Art. 65 . A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.

A simples leitura do disposto no artigo acima transcrito traz clara que a exigência de apresentação dos arquivos fiscais é facultativa para a autoridade.

O vocábulo é “**PODERÁ**” e não “**DEVERÁ**”.

Além disso, conta também a possibilidade de visita nos estabelecimentos do sujeito passivo para verificação da escrituração fiscal e contábil. Na ausência dos arquivos magnéticos (ou no caso concreto na dificuldade de geração e validação dos arquivos magnéticos, DEVE a autoridade administrativa diligenciar ao estabelecimento do contribuinte a fim de verificar a exatidão da escrituração fiscal e contábil.

No âmbito do processo administrativo deve sempre imperar o princípio da verdade material.

Assim, não me parece lógico indeferir o crédito pleiteado pelo simples motivo da não apresentação dos arquivos magnéticos.

Aliás, este colegiado tem reiteradamente afastando decisões que indeferem o crédito de contribuintes simplesmente diante da ausência de retificação da DCTF.

Diante do que foi exposto, ousa discordar do nobre relator para, diante do erro cometido pelo despacho decisório inicial, fundamentado na ausência de resposta a intimação fiscal, cancelando-o devendo um novo despacho decisório ser proferido por autoridade competente.

È como voto

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE GOMES - Conselheiro