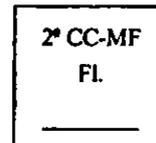
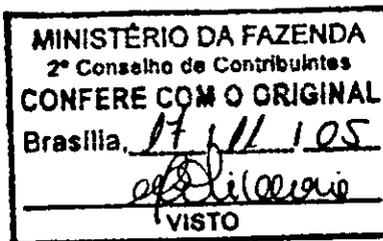




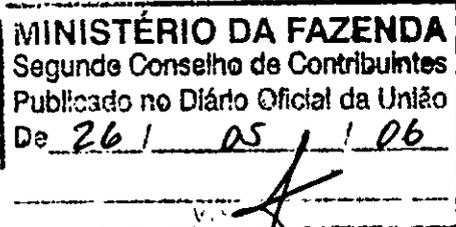
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10768.014302/98-33
Recurso nº : 127.565
Acórdão nº : 203-10.425

Recorrente : INSULA DE BÚZIOS EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS E
TURÍSTICOS LTDA.

Recorrida : DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ



PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DILIGÊNCIA. PROVA PERICIAL. LIMITES OBJETIVOS. Destinam-se as perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para suprir a ausência de provas que já poderiam as partes ter juntado à impugnação ou para reabrir, por via indireta, a ação fiscal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
INSULA DE BÚZIOS EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS E TURÍSTICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.


Antonio Bezerra Neto
Presidente

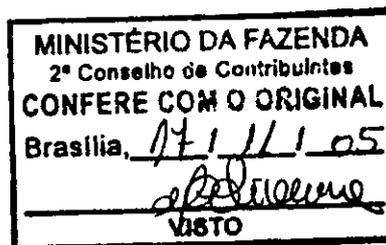

Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna Valdemar Ludvig, Sílvia de Brito Oliveira e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.014302/98-33
Recurso nº : 127.565
Acórdão nº : 203-10.425

Recorrente : **INSULA DE BÚZIOS EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS E TURÍSTICOS LTDA.**

RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/01/93 a 31/12/97.

reproduzo: Consta do relatório elaborado pela autoridade de primeira instância o que a seguir

Trata o presente processo de Auto de Infração, lavrado em nome do contribuinte Insula de Búzios Empreendimentos Hoteleiros e Turísticos Ltda, CNPJ nº 27.677.392/0001-84, pertinente à insuficiência do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, nos fatos geradores ocorridos entre 31/01/1993 a 31/12/1997, conforme elementos acostados às fls.35/38, no valor de R\$ 649.099,21, incluído principal, multa e juros de mora calculados até 29/05/1998.

No "Termo de Verificação e Esclarecimento" (fis 14), a autoridade fiscal autuante apresentou os seguintes fatos e enquadramento:

- 1) A base de cálculo da COFINS foi apurada pelo contribuinte através dos seus registros contábeis, no período de janeiro/1993 a dezembro/1997, e apresentada à fiscalização na forma do "Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo", anexo ao presente Termo, e constante de fls. 04/08;*
- 2) No período apontado no item anterior, o contribuinte só efetuou um pagamento relativo ao mês de maio de 1994, conforme "Demonstrativo de Recolhimentos Referentes aos Débitos da COFINS" e cópia do respectivo DARF, ambos anexados às fls. 09/10;*
- 3) O contribuinte não apresentou as DCTF durante todo o período anteriormente apontado, conforme informação do seu representante legal, constatada mediante consulta ao cadastro SRF COTEC/DINAC na forma dos extratos anexados por cópia às fls. 11/13;*

O enquadramento legal foram os artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei Complementar 70 de 30 de dezembro de 1991.

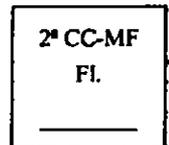
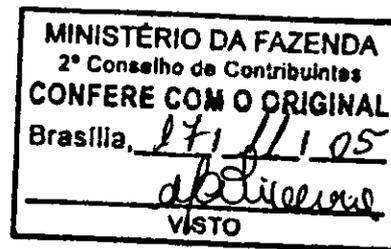
Irresignado com o lançamento consubstanciado no Auto de Infração supramencionado, o interessado apresentou a petição impugnatória de fls.42/46, alegando que:

- 1) As autuações referentes ao PIS e à COFINS resultaram de fiscalização externa, realizada na sede da Impugnante, durante a qual foi pedido que se preenchesse demonstrativos de faturamento e de receita bruta. e, conforme registrado nos Termos de Encerramento de Ação Fiscal, não houve exame detalhado da escrituração da Impugnante, mas as autuações basearam-se em amostragem;*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10768.014302/98-33
Recurso n° : 127.565
Acórdão n° : 203-10.425



2) Devido a falta de esclarecimentos por parte do autuante, os demonstrativos do PIS e da COFINS foram preenchidos sem a cautela de distinguir "faturamento" e "receita bruta", e de excluir valores que são receita no sentido de ingresso patrimonial, mas não constituem receita de atividade econômica (como ganhos de capital) e valores estornados - como depósitos de reservas canceladas;

3) Os demonstrativos contêm, portanto, erros materiais, e sua utilização para efeitos de se cobrar tributo importa em definição, ou eleição, de base de cálculo, viciando de nulidade o respectivo ato administrativo de lançamento;

4) Verifica-se do "Demonstrativo de Apuração do PIS Faturamento" que o fundamento legal da solicitação de seu preenchimento e da sua destinação são a Lei Complementar n° 7/70, a Lei Complementar n° 17/73 (art.3º, "b" e os Decretos-leis n°s 2.445/88 e 2.449/88). Nada obstante, no respectivo auto de infração abandonou-se os Decretos-leis para invocar-se, como um dos fundamentos legais da autuação, a Lei n° 7691/88 e a Lei n° 7.691/88 e a lei 7.799/89;

5) A base de cálculo é, entretanto, a definida naqueles decretos-leis e, como é público e notório, foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sendo excluídos do nosso direito positivo mediante Resolução do Senado Federal, tendo efeito "ex tunc", ou seja, nenhum efeito produziram tais textos normativos desde sua publicação:

6) Por conseguinte, no período de 1988 a 1996, o regime legal da contribuição do PIS é o da Lei Complementar n° 7/70, não podendo ser exigida à contribuição com base em outro regime, especialmente o definido nos malfadados decretos-leis. No regime da LC 7/70, as empresas privadas prestadoras de serviços contribuem para o PIS mediante dedução do imposto devido e com base no faturamento:

7) A LC 7/70 não definiu "faturamento", o que gerou discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao sentido do vocábulo, prevalecendo o entendimento de que ela equivale ao conceito de "receita bruta operacional" da legislação do imposto de renda. A base de cálculo da contribuição ao PIS, devida pela pessoa jurídica com recursos próprios, não é o faturamento, ou seja, a soma de notas fiscais ou documentos equivalentes emitidos em determinado período, mas a receita bruta operacional;

8) No sistema da atual Constituição Federal, o PIS e o COFINS constituem modalidade de contribuição do empregador para financiamento da seguridade social que têm como base de cálculo o faturamento", que é a receita bruta para fins do imposto de renda. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos, as vendas canceladas, o IPI e o ICMS retido pelo vendedor na condição de substituto tributário:

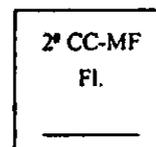
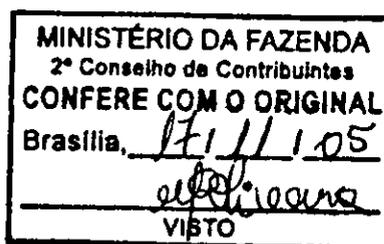
9) Nas autuações ora impugnadas não se observou a definição legal da base de cálculo das contribuições, pois na elaboração dos demonstrativos anexos aos autos de infração não se procedeu às exclusões determinadas pela lei. A ilustre autoridade autuante limitou-se a adotar os números dos demonstrativos, que foram preenchidos para os efeitos do regime dos Decretos-leis nos 2.445/88 e 2.449/88 e não foram conferidos por aquela autoridade, que, como já referido, não esclareceu ao representante da Impugnante como proceder, inclusive quanto às exclusões cabíveis -como os ganhos financeiros, os ganhos de capital e as variações monetárias:

10) Esse procedimento, incompleto e superficial, embora compreensível, não pode prevalecer, impondo-se a realização de diligência ou perícia. como melhor entender V.S.a. para o fim específico de verificar, com a indispensável exatidão o quantum das



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.014302/98-33
Recurso nº : 127.565
Acórdão nº : 203-10.425



bases de cálculo das contribuições em causa de modo a não se exigir, ou deixar de exigir tributo nos exatos termos da lei:

11) A Constituição Federal assegura o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos com todos os meios e recursos a ela inerentes e a legislação federal sobre processo administrativo fiscal permite que a autoridade preparadora proceda a diligência ou perícia, visando o fiel cumprimento da legislação tributária, o que abrange, à evidência, exata apuração da base de cálculo;

12) É fundamental, para a certeza e liquidez dos créditos que se pretende exigir através dos autos de infração ora impugnados, que se determine com exatidão (com observância de suas determinações legais) as bases de cálculo das contribuições, o que somente se pode realizar através de diligência (ou perícia), que se requer. Sem essa medida estar-se-á exigindo contribuições por presunção de correção dos demonstrativos preenchidos sem orientação pela Impugnante, presunção essa cuja improcedência só é possível ser demonstrada, ou provada através do exame pela autoridade administrativa da escrituração da impugnante;

13) Por tudo exposto, requer-se à realização de diligência, ou perícia, e espera-se e confia-se no provimento da presente impugnação, com o cancelamento das exigências tributárias;

Por meio do Acórdão DRJ/RJ0II nº 1.384 de 07 de novembro de 2002, os membros da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro-II, por unanimidade de votos, rejeitaram a preliminar de nulidade e no restante mantiveram o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -Cofins

Período de apuração: 01/01/1993 a 31/12/1997.

Ementa: NULIDADE DA AÇÃO FISCAL -Não ocorrida violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts, 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72 não há que se falar em nulidade do lançamento formalizado através de auto de infração.

FALTA DE RECOLHIMENTO - Constatado o recolhimento insuficiente da contribuição no período alcançado pelo auto de infração é de se manter o lançamento.

PERÍCIA/ DILIGÊNCIA - PEDIDO NÃO FORMULADO - Considera-se não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70,235/72.

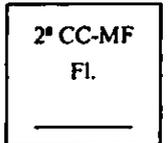
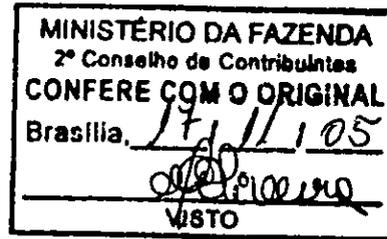
Lançamento Procedente.

Inconformada com a decisão prolatada pela autoridade de primeira instância, a interessada apresenta recurso pelo qual reitera as alegações apresentadas anteriormente quanto à diligência. Em apertada síntese e fundamentalmente pede para (sic) anular a decisão recorrida, determinando-se a realização da diligência para assegurar o contraditório e a ampla defesa, ou por economia processual, para baixar o processo para a realização da diligência, abrindo-se prazo ao julgador monocrático e à Recorrente para sobre ela se manifestarem. Alega que haveriam erros nos demonstrativos preenchidos pelo próprio contribuinte, sendo necessária a diligência para a correção do preenchimento.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.014302/98-33
Recurso nº : 127.565
Acórdão nº : 203-10.425

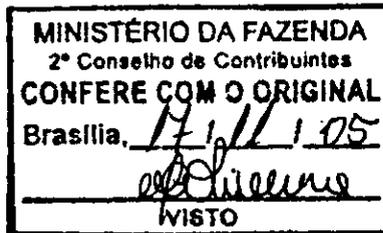


Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o artigo 33, parágrafo 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002 e Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10768.014302/98-33
Recurso nº : 127.565
Acórdão nº : 203-10.425

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal merecendo a sua admissibilidade.

Conforme relatado trata-se de auto de infração exigindo da contribuinte a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no período de apuração de 01/01/93 a 31/12/97. Insurge-se a recorrente contra a decisão de primeira instância que não teria realizado diligência, de forma a lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa. No mais, insiste terem ocorrido erros nos demonstrativos preenchidos pelo contribuinte.

Frise-se, por oportuno, que a recorrente não esclareceu a qual erros no demonstrativo se referia. Penso estar correta a decisão de primeira instância. A palavra ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga - a quem cabe o ônus da prova quer se saber, a quem cabe a necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Por outro lado, se a autuada aduz que preencheu de forma equivocada os demonstrativos que forneceu à fiscalização, deveria igualmente, mencionar e provar os equívocos, fatores excludentes. Assim, a obrigação de provar será tanto do agente fiscal, como o disposto na parte final do *caput* do art. 9º do PAF¹, como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao art. 16 do PAF.²

Inexiste nos autos, qualquer documento que ateste a veracidade do “equívocos” alegados pela contribuinte.

Quanto à diligência é de se dizer, de início, que o artigo 18 do Decreto nº 70.235/72, que prevê a possibilidade de a autoridade julgadora de primeira instância determinar a realização de perícias, assim dispõe, *verbis*:

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

Como se percebe, o preceito contido na legislação que rege o processo administrativo fiscal, segue a linha adotada pelo nosso direito processual, expresso no artigo 420 do Código de Processo Civil.

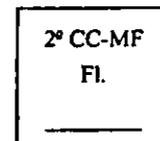
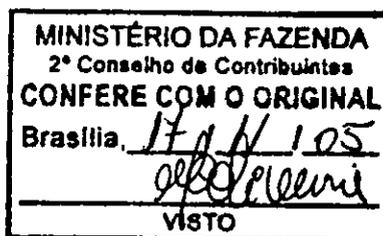
¹ ... deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

² 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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10768.014302/98-33
Recurso n° : 127.565
Acórdão n° : 203-10.425



Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

O que há de comum nos dois dispositivos, é que ambos consagram a idéia de que a prova pericial deve ser produzida, antes de qualquer outra razão, com o fim de firmar o convencimento do juiz, que pode ter a necessidade, em face da presença de questões de difícil deslinde, de municiar-se de mais elementos de prova.

Deste modo, destinam-se as perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos. Jamais poderão as perícias estender-se à produção de novas provas ou à reabertura por via indireta, da ação fiscal. O julgador, lembre-se, não tem a atribuição de efetuar lançamento, não lhe sendo aberta a possibilidade, por tal, de se mover sem óbices por universo externo ao processo.

Nestes termos, prova pericial existe para fins de que o julgador, não convencido da materialidade dos fatos em face das provas produzidas pelas partes, aprofunde a averiguação por via de um posicionamento complementar efetuado por um especialista na matéria discutida; ou então, quando o assunto, dada sua complexidade, exija conhecimentos técnicos aprofundados.

O que não se pode conceber é o uso da prova pericial para fins de suprir material probatório a cuja apresentação está a parte pleiteante obrigada. Por exemplo, não é plausível que o sujeito passivo da relação tributária, intimado a apresentar sua escrituração e os documentos que a embasam (obrigação expressamente prevista em lei), supra sua responsabilidade simplesmente pleiteando a produção de prova pericial que, neste caso, estará sendo usada para a produção de elementos que o contribuinte já estava obrigado a manter cotidianamente. Manutenção de escrituração contábil e guarda dos documentos que a embasam, bem como a explicitação dos registros contábeis, são obrigações previstas em lei, não sendo razoável entendê-las supridas pelo pleito de perícias quando da impugnação a um lançamento de ofício.

E no caso que aqui se discute é praticamente isto que se tem: quer a contribuinte que por via da prova pericial sejam produzidas as provas que embasam as informações que já forneceu à autoridade fiscal, por via de declarações e de livros fiscais, ao aduzir que não foram excluídas receitas da base de cálculo, sem ao menos dizer quais e nem sob qual rubrica foram contabilizadas.

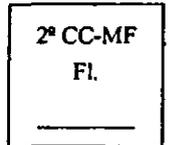
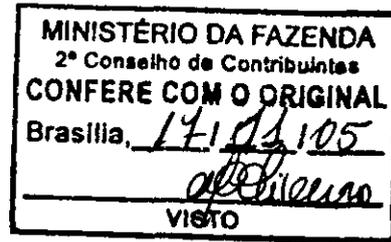
Sobre a necessidade de perícia técnica destinada a esclarecer qualquer ponto obscuro e importante ao deslinde da questão, o Dr. Luiz Henrique Barros Arruda³, expressou o seguinte entendimento:

³ BARROS DE ARRUDA, Luiz Henrique. Processo Administrativo Fiscal/Manual. Resenha Tributária/jan 93. 1ª ed. p. 56/7 e 59



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 10768.014302/98-33
Recurso n° : 127.565
Acórdão n° : 203-10.425



“Embora não explicitado no Decreto em apreço, deve-se concluir somente justificável a formulação de pedidos de diligência ou perícias, pelo Reclamante, quando a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos, que pelo volume de papéis envolvidos na verificação, quer pela impossibilidade de deslocar os elementos examináveis (vg. máquinas, veículos, construções, exame do processo de produção), que pela localização da prova (vg. escrituração, documentos, ou informação em poder de terceiros, outros processos fiscais existentes, documentos de órgãos públicos), que pela espécie de exame necessário (vg. análise grafotécnica, análise química). Por conseguinte, revela-se prescindível a diligência ou perícia sobre aspecto que poderia ser comodamente trazido à colação com a inicial, ou sobre matéria de natureza puramente jurídica. De outra parte, é de conveniência, para reforçar a possibilidade de êxito do pedido e afastar suspeitas quanto ao seu caráter protelatório, acompanhar o requerimento, sempre que possível, de amostragem ou qualquer forma de evidenciação dos aspectos cuja apreciação se requer nesse exame”.

Assim, reitero o entendimento no sentido de que o deferimento da perícia depende da evidenciação das circunstâncias que a motivaram, ou seja, das causas que determinaram a sua imprescindibilidade, pois afinal ela só tem sentido na busca da verdade material que contribua para certificar a legitimidade ao lançamento.

No mais, a autoridade julgadora ao entender ser desnecessária a perícia, motivou a sua recusa, afastando qualquer suposta nulidade da decisão de primeira instância. Cumprida a exigência da motivação do indeferimento, e considerando a falta de apresentação de provas pela contribuinte, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ