



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10872.000074/2010-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-010.031 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2020
Recorrente BRAZILHA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO EIRELLE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2006 a 31/12/2006

PROVAS.

A prova dos fatos deverá ser colhida pelos meios admitidos em direito, no processo, e pela forma estabelecida em lei. Será na prova assim produzida que irá o julgador formar sua convicção sobre os fatos, sendo-lhe vedado fundamentá-la em elementos desprovidos da segurança jurídica que os princípios e normas processuais acautelam.

De acordo com a legislação, a impugnação mencionará, dentre outros, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. A mera alegação sem a devida produção de provas não é suficiente para conferir o direito ao sujeito passivo.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Por expressa determinação legal, cobra-se multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) no lançamento de ofício do crédito tributário, sendo inócuas alegações de confisco ou de percentual abusivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corinto Oliveira Machado, Walker Araujo, Vinicius Guimarães, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 13-39.878, que negou provimento à impugnação, nos termos da seguinte ementa e resultado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/2006 a 31/12/2006

PIS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO EM DACON.

O aproveitamento de créditos no regime de incidência não-cumulativa da contribuição consiste em faculdade do contribuinte, descabendo o seu aproveitamento ex officio, quando o próprio autuado não exerce o direito alegado na declaração competente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/08/2006 a 31/12/2006

COFINS. INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO EM DACON.

O aproveitamento de créditos no regime de incidência não-cumulativa da contribuição consiste em faculdade do contribuinte, descabendo o seu aproveitamento ex officio, quando o próprio autuado não exerce o direito alegado na declaração competente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2006 a 31/12/2006

PROCEDIMENTO DE OFÍCIO MULTA.

Verificada em procedimento de ofício a falta de recolhimento de contribuição ou tributo, cabe a aplicação da multa de 75%, por expressa determinação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Na peça recursal, a recorrente afirma que:

a) Recolheu as exações apurando os valores após desconto os créditos oriundos de operações de importação;

b) Os créditos utilizados para descontar dos valores devidos das contribuições jamais poderiam ser desconsiderados, pois é um direito da recorrente previsto no regime da não-cumulatividade, e esses créditos estão claramente demonstrados nos extratos da declaração de importação, nos extratos de conta bancária, bem como nas cópias do livro de entrada e saída, todos anexados aos autos;

c) O Fisco questiona suposta falta de recolhimento de PIS e da Cofins, porém esse questionamento jamais deveria ser feito, haja vista que o próprio reconhece os créditos, sendo assim o questionamento deveria ser somente por suposta infração cometida nas obrigações acessórias; e

d) A imposição da multa de 75% tem caráter confiscatório, além de ser desproporcional.

Terminou petição recursal requerendo a reforma da decisão recorrida para fins de tornar o lançamento tributário insubsistente.

O julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução nº 3302-001.121. A Unidade de origem devolveu os autos ao CARF com o resultado da diligência proposta.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Aproveitamento de Créditos da não-cumulatividade.

A interessada não se insurge contra os valores apurados a título de receita. Sua insatisfação se restringe a não utilização de créditos da não-cumulatividade.

Para tanto, apresentou planilhas onde indicou valores que deveriam ter sido deduzidos do valor apurado das contribuições a título de crédito da não-cumulatividade, e que contrastavam com os valores dos créditos apurados pela fiscalização.

Para solucionar essa divergência, o julgamento foi convertido em diligência, para que a Unidade de Origem fizesse a apuração dos valores dos créditos que poderiam ser utilizados pela recorrente na dedução dos valores do PIS e da Cofins devidos nos períodos de apuração compreendidos entre 08/2006 e 12/2006, independentemente de terem sido incluídos no DACON.

A diligência foi efetuada e trago a baila o resultado dos trabalhos da fiscalização, verbis:

Relevante mencionar, como preliminar, que o querelante em fase nenhuma deste PAF apresentou seus livros fiscais que arrimassem suas alegações. Entretanto, surpreendentemente o querelante aduziu em seu recurso ao CARF, aos fls. 989 do pp, que juntava os livros fiscais correspondentes, porém os livros fiscais alegados não constam nos autos.

Assim, foi o querelante intimado mediante Edital Eletrônico 006344714, anexo, no bojo da diligência para apresentação da documentação. Improdutivo o procedimento, foi lavrada a revelia, anexa. Isto posto, passo à questão de fundo.

Como mencionado por esta autoridade tributária lançadora, fls. 187 do p. e-processo, o querelante, foi autuado pela fiscalização aduaneira, conforme processo 10074.000042/2009-87, onde se verificou: 1 - ocultação de real adquirente, 2 - interposta pessoa, 3 - perdimento de mercadoria, convertido em multa. Estes fatos, relacionados ao exercício que compreendeu à presente autuação, conduziram, à época, ao aprofundamento da investigação, no limite do interesse da fiscalização dos tributos internos, para caracterizar as circunstâncias condicionantes da autuação ora confrontada.

Assim, pudemos demonstrar, na seção 3.3 do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, constante no pp, a existência de divergências gritantes de valores em operações em comércio exterior registrados *vis-à-vis* aos valores declarados originalmente pelo querelante, diante de suas pretensões de supostos créditos. Tais divergências, ora se explicita, foram motivadas pela confusão patrimonial aludida pela fiscalização aduaneira na autuação, agora definitiva em sede administrativa, por infrações

aduaneiras. Em face do que se concluiu pela autuação na forma presente quanto aos tributos internos, bastante o suficiente para prosperar na primeira instância administrativa.

Diante da presente solicitação, por parte da 2ª Turma, 3ª Câmara, do CARF, para reapreciação da possibilidade de aproveitamento de supostos créditos, forçoso é, mais uma vez, adentrar de forma propedêutica à investigação ocorrida no âmbito aduaneiro que concluiu com a autuação pelas infrações, que reitero e sintetizo: ocultação, interposição e perdimento.

Para não tornar enfadonho o trato das infrações citadas, já apreciadas em caráter final no âmbito administrativo conforme Acórdão 3401004.418 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, juntei ao pp o acórdão retro citado, posto que descreve de forma acessível aquela autuação que corrobora a presente. Assim, resta o detalhamento que concisamente trato a seguir.

Descendo às minudências, a par da não apresentação de livros fiscais, o querelante coligiu um enorme volume de documentos precários e instruiu o pp. Dentre os documentos trazidos aos autos, verifica-se a presença de diversas DI (Declarações de Importação), constantes dos fls. 512 a 535, que supostamente seriam a fonte dos supostos créditos pretendidos.

Ocorre que as citadas DI, juntadas pelo querelante ao pp, são exatamente as mesmas que motivaram a autuação do querelante por interposição e que, em razão da busca para apreensão resultar em NÃO LOCALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS, foi a pena de perdimento convertida em multa.

Para comprovar a afirmação supra, listo, a seguir, as DI apresentadas como resultado da investigação aduaneira e que constam do processo 10074.000042/2009- 87, cujos valores de tributos foram suportados por terceiros, resultando na autuação do querelante, pela fiscalização aduaneira, por ocultação, interposição, perdimento convertido em multa, configurado dano ao erário.

Confrontando a numeração das DI, supra listadas, que foram alcançadas por penalidades aduaneiras ratificadas pelo Acórdão 3401004.418 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, com as acostadas, nos fls. 512 a 535 do pp, para pleitear o reconhecimento e dedução de supostos créditos, verifica-se que se tratam das mesmas DI.

Logo o querelante deseja se beneficiar de supostos créditos de tributos em operações de comércio exterior em que atuou ilegalmente como interposta pessoa e que, portanto, os tributos foram, de fato, suportados por terceiros.

Além disso, as operações de comércio exterior foram qualificadas, ao fim, como dano ao erário, resultando em pena de perdimento que foi convertida em multa diante da não localização das mercadorias. Sob tais condicionantes, inaplicável o aproveitamento de créditos, sob risco de incorrer igualmente em dano.

SANEAMENTO

Verificada incorreção na datação do Termo de Revelia, retifico pelo presente a data de revelia como de 10 de março de 2020, ratificado todos os demais elementos constantes do termo supra referido.

CONCLUSÃO

Constata-se que o querelante, foi alvo de duas autuações, uma pela fiscalização aduaneira e a outra, cito: a presente autuação relativa a tributos internos. A autuação no âmbito aduaneiro foi tornada definitiva e, conforme entendimento já firmado na 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF, o querelante foi qualificado como “interposta pessoa” nas operações de comércio exterior.

O querelante, almejando a reforma do presente lançamento, instruiu o pleito ao CARF com supostos créditos gerados naquelas operações de comércio exterior em que atuou como “interposta pessoa”. O pleito visa o reconhecimento dos tributos pagos nas operações de comércio exterior como créditos a deduzir, entretanto tais tributos foram,

de fato, suportados por terceiros, além de, em face da não localização das mercadorias, terem sido os valores correspondentes convertidos em multa imposta ao querelante por danos ao erário, bem como aqueles valores já foram remetidos a PGFN.

Ex positis, ratifico o lançamento, objeto do pp, na forma original que lavrei, não havendo que deduzir os supostos créditos pleiteados, resguardada a competência do CARF para a reforma do lançamento, em caso de convicção contrária.

Esses são os fatos.

Sabemos que o momento apropriado para apresentação das provas que comprovem suas alegações é na propositura da impugnação. Temos conhecimento, também, que a regra fundamental do sistema processual adotado pelo Legislador Nacional, quanto ao ônus da prova, encontra-se cravada no art. 373 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Tal dispositivo é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita. E esta formulação também foi, com as devidas adaptações, trazida para o processo administrativo fiscal, posto que a obrigação de provar está expressamente atribuída para a autoridade Fiscal quando realiza o lançamento tributário, para o sujeito passivo, quando formula pedido de repetição de indébito/ressarcimento.

No caso dos autos, o auto de infração se originou pelo aproveitamento de créditos inexistentes. Portanto, o *onus probandi* é do sujeito passivo que buscou a utilização desses créditos para não recolher as exações.

De outro lado, não se pode olvidar que a produção de provas é facultada às partes, mas constitui-se em verdadeiro ônus processual, porquanto, embora o ato seja instituído em seu favor, não o sendo praticado no tempo certo, surge para a parte consequências gravosas.

Dinamarco afirma que o direito à prova não é irrestrito ou infinito:

A constituição e a lei estabelecem certas balizas que também concorrem a traçar-lhes o perfil dogmático, a principiar pelo veto às provas obtidas por meio ilícitos. Em nível infraconstitucional o próprio sistema dos meios de prova, regido por formas preestabelecidas, momentos, fases e principalmente preclusões, constitui legítima delimitação ao direito à prova e ao seu exercício. Falar em direito à prova, portanto, é falar em direito à prova legítima, a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei.

Noutro giro, o princípio da verdade material não é remédio para todos os males processuais. Não pode nem deve servir de salvo conduto para que se desvirtue o caminhar para frente, o ordenamento e a concatenação dos procedimentos processuais - essência de qualquer processo administrativo ou judicial.

Na realidade, a verdade material contrapõe-se ao formalismo exacerbado, presente no Processo civil, mas, de maneira alguma, priva o procedimento administrativo das necessárias formalidades. Daí se dizer que no Processo Administrativo Fiscal convivem harmonicamente os princípios da verdade material e da formalidade moderada. De sorte que se busque a verdade real, mas preservando as normas processuais que asseguram a segurança, a celeridade, a eficiência e o bom andamento do processo.

Ocorre que o julgador sempre tem que decidir, ele deve ter bom senso na busca pela verdade, evitando a obsessão que pode prejudicar a justiça célere.

Regressando aos autos, como já mencionado, o recorrente não apresentou indícios mínimos de seu direito no momento definido na lei, de sorte que me sinto na obrigação de julgar com os dados postos nos autos. Neste contexto, não vislumbro razões para reformar a decisão de primeira instância uma vez que sua decisão foi baseada nos fundamentos jurídicos constantes dos autos e a consequente subsunção aos fundamentos legais que regem a matéria à época dos fatos geradores.

Diante de todo exposto, nego esse capítulo recursal e mantenho o lançamento *in totum*.

Multa caráter confiscatório.

Cabe ressaltar que multa em percentual de 75% está previsto no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se podendo reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

Esclareça-se, também, que a multa de ofício por encontrar embasamento legal, não pode ser excluída administrativamente se a situação fática verificada se enquadra na hipótese prevista pela norma, por conta do caráter vinculado da atividade fiscal.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei. Qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, como a contraposição a princípios constitucionais – sob o argumento de suposta ofensa à capacidade contributiva ou por ocorrência de confisco – somente pode ser reconhecido pela via competente, no caso o Poder Judiciário.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade e/ou invalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O Órgão Administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de

controle da constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

Noutro giro, não se pode olvidar que pelo enunciado de súmula CARF nº 02, este órgão não é competente para analisar inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ressalto que as súmulas do CARF são de observância obrigatória, sob pena de perda de mandato.

Desse modo e não cabendo à autoridade administrativa de julgamento acatar a alegação de que a multa de ofício deve ser excluída por ter caráter confiscatório, nego provimento a este capítulo recursal.

Conclusão

Forte nestes argumentos, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho