



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

Processo nº 13975.000309/2005-47
Recurso nº 13.975.000309200547 Voluntário
Acórdão nº **3403-003.081 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de julho de 2014
Matéria COFINS - PEDIDO ELETRÔNICO DE RESSARCIMENTO -
DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente ROHDEN ARTEFATOS DE MADEIRA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2005

DIREITO DE CRÉDITO. PROVA INSUFICIENTE.

Em se tratando de controvérsia originada de pedido de ressarcimento de saldos credores, compete ao contribuinte o ônus da prova quanto à existência e à dimensão do direito alegado.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho e Luiz Rogério Sawaya Batista. Ausente momentaneamente o Conselheiro Ivan Allegretti.

Relatório

ROHDEN ARTEFATOS DE MADEIRA LTDA. transmitiu, em 21/11/2005, o Pedido Eletrônico de Ressarcimento - PER nº (em formulário plano), de créditos

da apuração não-cumulativa da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins - exportação no valor de R\$ 287.929,82., referente ao terceiro trimestre de 2005.

O Relatório de Auditoria Fiscal de fls. 295 a 330, inicialmente, explicita os critérios adotados ante as discrepâncias verificadas entre os montantes das operações de aquisição de bens e serviços, apurados por CFOP, registrados no LRE e os consignados na memória de cálculo (referentes aos valores informados nas respectivas linhas do Dacon): (i) em sendo o valor apurado no LRE idêntico ao da memória de cálculo, adotou tal valor como base sobre a qual efetuou as glosas pelas notas fiscais desconsideradas na análise, resultando em valor ajustado pela diferença. (ii) quando o valor apurado no LRE foi inferior ao da memória de cálculo, a diferença foi glosada por falta de comprovação e o valor do LRE foi adotado como base para as glosas, e. (iii) quando o valor apurado no LRE foi superior ao da memória de cálculo, sobre ele foram efetuadas as glosas dos valores das notas fiscais desconsideradas: se o valor resultante foi superior ao informado na memória, validou-se o valor da própria memória para fins de determinação do máximo admissível, em relação ao CFOP em análise. se o valor resultante foi inferior ao informado na memória, considerou-se este como sendo o valor ajustado (e o máximo admissível). Para os montantes das operações registradas, apurados por CFOP das entradas, apuraram-se os valores ajustados ou valores da memória validados na análise (máximo admissível por CFOP), cujo somatório foi adotado como o máximo admissível em relação à respectiva linha do Dacon, cujo valor do crédito compõem.

A partir dessa sistemática, apurou-se glosa no valor total de R\$ 103.854,79 em razão das seguintes irregularidades:

1-Bens utilizados como insumos:

- glosas relativas a aquisições de pinus em toros a pessoas físicas;
- glosas correspondentes às mercadorias recebidas em consignação, constatadas através do CFOP 1917, que registra mercadorias recebidas em consignação mercantil ou industrial.

2-Serviços utilizados como insumos, relativo à extração de madeira.

3-Despesas de energia elétrica: glosas relativas a valores não relacionados ao consumo, tais como despesas relacionadas à doação, Cosip, devolução de juros

4-Despesas de armazenagem e frete na operação de venda: glosas relativas a serviços de remoção de contêineres, desunitização, unitização, uso de pátio e posicionamento.

A DRF-Blumenau-SC, por meio do Despacho Decisório de fls. 333, deferiu o pleito parcialmente, em R\$ 171.503,95.

Em Manifestação de Inconformidade (fls. 341 a 346), o interessado contestou o critério adotado pela Fiscalização para fixar os percentuais de receita relacionados com o mercado interno e externo, argumentando que se fez uma interpretação equivocada do Dacon, o que teria comprometido a correta fixação das receitas relacionadas aos mercados interno e externo, pois teria incluído, para fins de cálculo da proporção, receitas não tributadas no mercado interno, tais como receita tributada à alíquota zero e receita de vendas de bens do ativo permanente. Alega também que a autoridade fazendária considerou o valor das receitas auferidas informadas na coluna "receita", mas que deveria ter considerado os valores da coluna "base de calculo"; que, assim procedendo acabou por considerar em duplicidade os valores de

receita, pois que, nas linhas 01 e 02 do Dacon já estão incluídos os valores relativos às linhas 04 a 11, o que acaba por elevar excessiva e erroneamente os percentuais do mercado interno.

Sob o item "Das mercadorias recebidas em consignação" alega que a consignação converteu-se em compra, conforme nota fiscal que junta aos autos, restando claro que a recorrente efetivou a aquisição das mercadorias consignadas.

A 4ª Turma da DRJ/FNS julgou a Manifestação de Inconformidade procedente em parte, apenas para acatar os percentuais do mercado externo e interno propostos pelo contribuinte. O Acórdão nº 07-025.524, de 5 de agosto de 2011, fls. 365 a 371, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2005

MÉTODO DE RATEIO PROPORCIONAL PARA ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITOS, NO REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

No cálculo do rateio proporcional para atribuição de créditos previsto no âmbito das contribuições não-cumulativas para o PIS/Pasep/Cofins, na "receita bruta total" devem ser incluídas todas as receitas da pessoa jurídica que estejam associadas ao montante de custos, despesas e encargos comuns, e não aquelas que, por sua natureza, não se caracterizem como tal, como é o caso das receitas financeiras e das receitas de vendas do ativo permanente.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO, COMPENSAÇÃO OU RESSARCIMENTO. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA A CARGO DO CONTRIBUINTE

No âmbito específico dos pedidos de restituição, compensação ou ressarcimento, é ônus do contribuinte/pleiteante a comprovação minudente da existência do direito creditório.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 4ª Turma da DRJ/FNS. O arrazoadado de fls. 379 a 384, após síntese dos fatos relacionados com a lide, recorre da manutenção da glosa dos créditos tomados sobre o valor das mercadorias recebidas em consignação – CFOP 1917 e 2917, alegando ter comprovado, por intermédio de nota fiscal, que a compra das mercadorias em comento efetivamente ocorreu, motivo pelo qual entende que não há razão para que seu crédito seja glosado, uma vez que a compra é o fato necessário para caracterizar o direito ao crédito. Entretanto, se houve um equívoco na forma de utilização dos valores, essa consignação converteu-se em compra, conforme comprovado pela nota fiscal de aquisição de mercadorias. Aduz que os documentos que instruem o presente processo

administrativo demonstram claramente que a recorrente não fez créditos das referidas aquisições por duas vezes. Como mencionado anteriormente, as remessas em consignação converteram-se posteriormente em venda, operação esta que foi devidamente registrada uma única vez. Entende que a Fiscalização tem o dever de diligenciar a busca da verdade real.

Pede provimento.

O processo administrativo correspondente foi materializado na forma eletrônica, razão pela qual todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração digitalmente estabelecida.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 379 a 384 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-FNS-4ª Turma nº 07-025.524, de 5 de agosto de 2011.

Conforme relatado, controverte-se a manutenção da glosa dos créditos tomados sobre o valor das mercadorias recebidas em consignação (CFOP 1917 e 2917). A alegação recursal é de que a consignação converteu-se em compra, conforme nota fiscal que junta aos autos.

Com efeito, enquanto manifestante, o contribuinte aportou aos autos cópia das notas de saída de venda (CFOP 5111 - vendas efetivas de produtos industrializados no estabelecimento remetidos anteriormente a título de consignação industrial - ou 6112 - vendas efetivas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, remetidas anteriormente a título de consignação industrial).

Nada obstante, a decisão recorrida manteve a glosa sob a consideração de que o interessado não fez prova de que não tomou crédito o mesmo crédito novamente, por ocasião da compra das mercadorias antes recebidas em consignação.

O *caveat* erigido pela decisão recorrida, a meu ver, é procedente.

Levando em conta a sistemática adotada na auditoria fiscal de apuração do montante dos créditos por CFOP, com a emissão por National Starch & Chemical Industrial Ltda da nota fiscal nº 3.350, com CFOP 2.111 - cópia às fls. 363 – para documentar a aquisição das mercadorias antes recebidas em consignação, o valor das mesmas passou a ser considerado na base de cálculo dos créditos. Assim, à toda prova, o mesmo valor serviu para a tomada de crédito por duas vezes.

Se, excepcionalmente, o contribuinte retirou as referidas notas da base de cálculo, como alega ter feito, tocaria prová-lo, pois alegar e não comprovar o alegado equivale a nada alegar - *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*.

Cabe ao contribuinte, até o momento processual da Manifestação de Inconformidade, provar o teor das alegações que contrapõe aos argumentos postos pela Autoridade Fiscal para não acatar, ou acatar apenas parcialmente o pleito repetitório. Decerto, não basta ao contribuinte apenas alegar sem provar. não basta, simplesmente vir aos autos discordado do entendimento do fiscal, afirmando que entende possuir o direito ao crédito. o contribuinte deve ser capaz de comprovar cabalmente o direito ao crédito que pleiteia, demonstrando sua conformidade com os dispositivos legais de regência.

Este é o princípio fundamental do sistema de distribuição do *onus probandi* adotado no processo administrativo federal, plasmado no art. 36 da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

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

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais.(HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada.(INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ –

ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538) JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

Aliás, este Colegiado já se pronunciou diversas vezes no sentido de que toca ao interessado a produção das provas do direito creditório alegado. Confira-se:

“DILIGÊNCIAS. PERÍCIAS. DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA. As diligências e perícias não se prestam a suprir deficiência probatória, seja em favor do fisco ou da recorrente.” (Acórdãos nº 3403-002.469 a 477, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânimes em relação à matéria, sessão de 24.set.2013)

“ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DILIGÊNCIAS. A realização de diligências destina-se a resolver dúvidas acerca de questão controversa originada da confrontação de elementos de

Processo nº 13975.000309/2005-47
Acórdão n.º **3403-003.081**

S3-C4T3
Fl. 390

prova trazidos pelas partes, mas não para permitir que seja feito aquilo que a lei já impunha como obrigação, desde a instauração do litígio, às partes componentes da relação jurídica. (Acórdãos nº 3403-002.106 a 111, Rel. Cons. Alexandre Kern, unânime, sessão de 23.abr.2013)

Conclusão

Com essas considerações, voto por negar provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 22 de julho de 2014


Alexandre Kern