

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 2



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

Processo nº 16641.000062/2008-71
Recurso nº
Acórdão nº 3801-002.767 – 1ª Turma Especial
Sessão de 29 de janeiro de 2014
Matéria NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Recorrente METALÚRGICA USIMEC LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL 01/01/2004 a 31/12/2004

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA IMPROCEDÊNCIA.

Não ocorre a nulidade por cerceamento de defesa do Auto de Infração que contém todos os requisitos legais exigidos pela legislação e quando a contribuinte se pronunciou sobre o assunto em litígio, abrangendo as questões de mérito, de forma a demonstrar o conhecimento dos fatos apontados.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 02 DO CARF.

Não compete a esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a legalidade ou constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

PRELIMINAR DE NULIDADE - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA IMPROCEDÊNCIA.

Não ocorre a nulidade por cerceamento de defesa do Auto de Infração que contém todos os requisitos legais exigidos pela legislação e quando a contribuinte se pronunciou sobre o assunto em litígio, abrangendo as

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 2

questões de mérito, de forma a demonstrar o conhecimento dos fatos apontados.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 02 DO CARF.

Não compete a esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a legalidade ou constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. O Conselheiro Flávio de Castro Pontes votou pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silvaeira - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Marcos Antônio Borges, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Paulo Antônio Caliendo Velloso Da Silveira e Flávio de Castro Pontes

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão nº 10-37.007, julgado na sessão de 17 de fevereiro de 2012, pela 2ª. Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Porto Alegre (DRJ/POA), referente ao processo administrativo nº 16641.000062/2008-71, em que foi julgada improcedente a impugnação apresentada pela contribuinte, sendo o crédito tributário mantido.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da Delegacia Regional de Julgamento de origem, que assim relatou os fatos:

“A contribuinte supracitada foi lançada de ofício devido a constatação de falta/insuficiência de recolhimento de COFINS cumulativa (meses de janeiro a setembro de 2004) e não-cumulativa (meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2004), conforme Auto de Infração de fls.6/15, e de PIS cumulativo (meses de janeiro a setembro de 2004) e não-cumulativo (meses de janeiro a junho e agosto a dezembro de 2004), conforme Auto de Infração de fls.16/25. Resultou num crédito tributário de 154.552,61 (fl.6), de COFINS cumulativa, e R\$ 763.198,49, de COFINS não-cumulativa, bem como num crédito tributário de R\$ 29.853,16 (fl.16), de PIS cumulativo, e de R\$ 179.055,87 (fl.6), de PIS não-cumulativo, ambos cientificados em 09/07/2008.

A infração fiscal decorreu, conforme Relatório da Ação Fiscal de fls.33/35 (que compõe a descrição dos fatos) da constatação da equivocada classificação das receitas entre a modalidade cumulativa e não-cumulativa da contribuições do PIS e da COFINS e quantificação dos valores apurados/declarados, resultando, após feitas as devidas correções para adequação à legislação, da insuficiência de recolhimento das contribuições, cujos demonstrativos constam de fls.26/32.

A legislação infringida consta de fls.8, 9, 14 e 15 (COFINS cumulativa e não-cumulativa) e fls.18, 19, 24 e 25 (PIS cumulativo e não-cumulativo).

Irresignada, a contribuinte apresenta impugnação, de fls.432/443 (COFINS) e fls.477/487 (PIS). Nesta, começa descrevendo os Autos de Infração, para depois começar a contestar as conclusões da Autoridade Fiscal.

Argumenta, preliminarmente, que houve ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, contidos na Constituição, pois o prazo para solicitação dos documentos pela Autoridade Fiscal era exíguo, já que haviam se passado mais de quatro anos dos

fatos solicitados, devendo ser decretada a nulidade do lançamento.

No mérito, alega que há uma série de ilegalidades, que culminariam na nulidade do lançamento.

Primeiramente, aduz que a Lei 10.833/2003, que regulou o ano-calendário de 2004, institui a forma de apuração não-cumulativa, mas que permitiu algumas situações em que se apurasse pela forma cumulativa, conforme consta do art.X, inciso XI, alínea “c” . Por isso, alega que o contrato como a empresa Transpetro – Petrobrás Transportes deveria ser apurado pelo regime/modalidade cumulativa, pois apesar do objeto do contrato não se tratar de construção, boa parte dele envolveu construção, se enquadrando no dispositivo legal da cumulatividade. Pensar diferente seria violar o art.150, I , da Constituição, no qual não se pode exigir tributo sem que a lei estabeleça, bem como ao art.97, I , do Código Tributário Nacional, que contém o princípio da legalidade.

Em segundo lugar, argumenta que a Autoridade Fiscal somente considerou as retenções na fonte das contribuições referentes a matriz, CNPJ 00.263.576/000141, sem considerar as filiais, uma com CNPJ 00.263.576/000222 e outra como CNPJ 00.265.576/000303.

Como as retenções teriam sido obtidas através de presunção, haja vista que retiradas do sítio da Receita Federal, mas não da contabilidade/documentação da empresa, caberia ao Fisco provar sua veracidade. Por isso, trazendo demonstrativo, solicita a diminuição dos valores exigidos. Diante deste fato, caberia a nulidade do lançamento, nos termos do art.37 da Constituição e da Súmula 473 do STF que determinam que se deve seguir o princípio da legalidade.

Em terceiro lugar, alega que a multa de ofício, no percentual de 75%, seria inconstitucional, pois afrontar o art.150, IV, da Constituição, que proclama que não se pode utilizar tributo com efeito de confisco, conforme doutrina e jurisprudência.”

A impugnação foi conhecida pela DRJ de origem, sendo julgada improcedente em parte. O acórdão da DRJ/SPOI conta com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA IMPROCEDÊNCIA.

Não ocorre a nulidade por cerceamento de defesa do Auto de Infração que contém todos os requisitos legais exigidos pela legislação e quando a contribuinte se pronunciou sobre o assunto em litígio, abrangendo as questões de mérito, de forma a demonstrar o conhecimento dos fatos apontados.

ALEGAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO . INDEFERIMENTO.

A comprovação da alegação é ônus do contribuinte, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, sendo incabível a transferência da responsabilidade ao Fisco.

INCONSTITUCIONALIDADE INAPRECIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

A argüição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA IMPROCEDÊNCIA.

Não ocorre a nulidade por cerceamento de defesa do Auto de Infração que contém todos os requisitos legais exigidos pela legislação e quando a contribuinte se pronunciou sobre o assunto em litígio, abrangendo as questões de mérito, de forma a demonstrar o conhecimento dos fatos apontados.

ALEGAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO . INDEFERIMENTO.

A comprovação da alegação é ônus do contribuinte, nos termos do art.333 do Código de Processo Civil, sendo incabível a transferência da responsabilidade ao Fisco.

INCONSTITUCIONALIDADE INAPRECIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

A argüição de inconstitucionalidade ou ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa porque é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 2

Inconformada com a improcedência da impugnação, a contribuinte interpôs, em 29/03/2013, Recurso Voluntário a este Conselho, a fls. 542/559, onde em suas razões, requer a reforma do acórdão.

É o sucinto relatório.

Voto

Conselheiro Relator Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

A recorrente alega que houve exigüidade de prazo para responder as intimações da Autoridade Fiscal, acarretando houve ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, entendo como irretocável as razões de decidir da DRJ de origem, que assim analisou as alegações de nulidade:

“A contestação da litigante é improcedente por várias razões. A primeira seria que as intimações realizadas pela Autoridade Fiscal, conforme fls. 49/73, tiveram prazo de respostas, entre outros, de 15, 20 e 30 dias, tendo concedido prorrogação de prazo por solicitação da contribuinte para atender a intimações. Ou seja, como é obrigação legal da empresa ter a documentação pertinente aos fatos geradores dos tributos até a incidência do prazo decadencial, que no mínimo é de cinco anos, a intimação pertinente ao ano de 2004, que é de quatro anos antes, deveria ser atendida prontamente, pois é seu dever tê-los a disposição da Autoridade Fiscal, sendo os prazo concedidos pertinentes aos itens solicitados, pois quando teve dificuldades, a contribuinte solicitou prorrogação de prazo e foi concedido.

A segunda razão é de a fase de investigação fiscal – realizada no interesse do fisco e por iniciativa do fisco – configura procedimento administrativo de natureza inquisitorial para apuração de infrações à legislação tributária e colheita de provas. Eventuais vícios na investigação fiscal não têm o condão de macular de nulidade o Auto de Infração lavrado por agente competente, pois não há que se falar em cerceamento do direito de defesa na fase investigatória, na qual inexistente acusação ou imputação de infração, mas tão-somente investigação fiscal.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são de observância obrigatória na fase do processo administrativo fiscal, que se inicia com a peça vestibular que é o Auto de Infração, no qual é oportunizado a impugnação, onde a contribuinte pode trazer todos os elementos de prova a seu favor. Como a litigante está exercendo seu direito de defesa nesta impugnação, não há que se falar em cerceamento de defesa.

A terceira razão é que se constata na impugnação de mérito do litígio que a contribuinte entende muito bem do que está sendo

lançada, tanto que fez uma defesa abrangente do fato imputado, demonstrando que não houve prejuízo para seu direito de defesa.

Logo, não havendo cerceamento de defesa, improcede a alegação de nulidade.”

Perante a clareza de fundamentos da decisão acima, igualmente compreendo não haver nulidades no acórdão recorrido, consoante sustentou a contribuinte ora recorrente. Destaco ainda que a contribuinte limitou-se a reproduzir as alegações de nulidade já suscitadas em manifestação de inconformidade, porém agora em recurso voluntário. Diante do exposto, pela inexistência de cerceamento de defesa presente nos autos do presente processo administrativo fiscal, afasto as preliminares de nulidades invocadas pela contribuinte, passando a analisar o mérito do recurso voluntário.

Quanto ao mérito, verifico que, em análise os fatos e provas, em especial, ao contrato com a empresa Transpetro – Petrobrás Transportes com a ora recorrente, entendo que deve ser mantida a decisão da DRJ de Porto Alegre, que determinou que a forma de apuração das contribuições *“devem ser pela sistemática/regime da não-cumulatividade, não havendo ilegalidade na tributação de ofício neste item/aspecto da autuação”*.

Ocorre que está previsto no *caput* do inciso XI, do art. 10º da Lei nº10.833/03, que *“permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º”* *“XI – as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003”*.

Assim, tendo o contrato início em 01/03/2004, conforme Demonstrativo dos Contratos de Prestação de Serviços Firmados (fls. 27 e 165), e do contrato com a empresa Transpetro – Petrobrás Transportes (fls.1 85/200 e 450/465), sendo este último assinado, sem os posteriores aditivos, em 16/04/2004. Logo, não pode se enquadrá-lo na exceção que autoriza a tributação pela cumulativa dos tributos. Portanto, improcedente o recurso quanto a este ponto.

Alega também a recorrente em suas razões recursais que não teriam sido consideradas as retenções efetuadas nas filiais, de CNPJ nº 00.263.576/0002-22 e nº00.265.576/0003-03. Entretanto, a recorrente não traz nenhuma prova documental para comprovar que houve recolhimentos na fonte das contribuições pelas filiais, pois seu demonstrativo, de fl.517, não identifica quem teria recolhido e em qual filial teria ocorrido a suposta retenção na fonte das contribuições.

Não tendo ficado provado o fato constitutivo do direito de crédito alegado, então, com fundamento no artigo 333 do CPC e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, deve-se considerar correto o acórdão recorrido.

Ocorre que temos que no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, da contribuinte ora recorrente. Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

“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.”

Em igual sentido, temos o art. 333 do CPC:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

Assim, conforme a jurisprudência deste Egrégio Conselho necessário que a contribuinte apresente a documentação adequada e suficiente para provar a certeza e a liquidez de seu crédito. Neste sentido, temos jurisprudência sedimentada deste Conselho, consoante se verifica pelo aresto abaixo:

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

É vedada a compensação de débitos com créditos desvestidos dos atributos de liquidez e certeza.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

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.

DCTF E DICON RETIFICADORAS. EFEITOS. A DCTF e DICON quando retificadas após a ciência do despacho decisório que indeferiu o pedido de compensação não são suficientes para a comprovação do crédito tributário pretendido, sendo indispensável sua comprovação através da escrita fiscal e contábil do contribuinte.

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013, grifou-se)

Desta forma, em especial pela não comprovação da existência de direito de crédito líquido e certo, entendo que deve ser negado provimento a presente alegação. Portanto,

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 2

entendo por improcedente a alegação da contribuinte devido a falta de comprovação dos fatos alegados.

Por fim, quanto a alegação de que a multa de ofício, no percentual de 75%, seria inconstitucional, pois afrontaria o art. 150, IV, da Constituição, esta não pode ser apreciada na esfera administrativa.

Assim, da alegação de inconstitucionalidade, necessário destacar que, consoante dispõe a Súmula 02 do CARF, não compete a esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a legalidade ou constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

Em face do exposto, encaminho o voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a decisão que não reconheceu o direito de crédito pleiteado e não homologou a compensação a ele vinculada.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira - Relator