



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

Processo nº 16707.000962/2009-98
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-000.617 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24 de outubro de 2013
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente FERNANDES & TEIXEIRA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros deste Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO (Presidente Substituto), SILVIA DE BRITO OLIVEIRA, FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, WINDERLEY MORAIS PEREIRA (Substituto), JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente, justificadamente, a conselheira NAYRA BASTOS MANATTA.

Relatório

Versam os autos de exigência de COFINS, lançada por meio de auto de infração lavrado em 12/03/2009, relativo ao período de Maio a Dezembro/2004 no valor total (entre principal, multa e juros) de R\$1.626.305,66 (um milhão, seiscentos e vinte e seis mil, trezentos e cinco reais e sessenta e seis centavos).

A descrição dos fatos contida na própria autuação (fls. 8 – numeração eletrônica) indica a motivação do mesmo como decorrência da falta/insuficiência do recolhimento/declaração da COFINS, constatada mediante diferenças entre os valores informados na DIPJ/2005 do contribuinte, e os valores efetivamente declarados/pagos da referida contribuição.

No curso da fiscalização realizada, a Autoridade Fiscal questionou o sujeito passivo acerca de dúvidas relacionadas às seguintes contas contábeis: “*Bens adquiridos para Revenda; Bens adquiridos para revenda Merc. Substituta; Receita Bruta de Vendas de Bens e Serviços; e Receita Bruta de Bens Substitutos.*”, não tendo o mesmo prestado esclarecimentos que elucidassem as diferenças encontradas.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento em 19/03/2009, conforme AR de fls. 142 – n.e, o sujeito passivo apresentou sua Impugnação Administrativa em 17/04/2009 às fls. 143-152 (numeração eletrônica), aduzindo, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

- Que a Autoridade Autuante apenas considerou para a base de cálculo da contribuição lançada, o montante total de seu faturamento, desconsiderando créditos fiscais (legais) necessários à correta apuração da Cofins;

- Que inobstante os registros contábeis e fiscais por ela disponibilizados, a Autoridade Fiscal mesmo assim lavrou o auto sob o argumento de que não restou evidenciada a origem dos valores das contas relativas à aquisições para revenda, bem como as vendas propriamente ditas, deixando de analisá-los suficientemente;

- Que em vista de ter apresentado os documentos solicitados, é necessária a realização de diligência para validar os cálculos e relatórios anexos, apurando o correto valor da receita tributável;

- Que o auto de infração deve guardar estrita obediência aos requisitos legais e que o Demonstrativo de Apuração anexo ao lançamento não permite a identificação da alíquota e da receita tributável utilizadas pela Administração, inexistindo a discriminação do valor tributável, sendo, portanto, causa de nulidade absoluta a ser considerada;

- Que a fiscalização não operou as deduções e exclusões legalmente previstas, apurando contribuição muito além daquela realmente devida. Para a procedência das referidas exclusões/deduções, anexa à Impugnação relatórios de entradas de produtos e resumo de operações realizadas;

Fazendo referência aos relatórios anexados, informa ainda:

- Que adquiriu, na matriz e nas duas filiais, mercadorias para revenda no montante de R\$5.695.9585,51, sendo que, dessas entradas R\$ 4.404.912,63 ocorreram com a incidência da COFINS, a qual, depois de calculada gerou um crédito de R\$334.773,36;

- Que promoveu suas vendas alcançando um valor de R\$9.127.066,18, porém que, ao apurar a COFINS, verificou que 22,67% de suas vendas não poderiam ser tributadas, pois os produtos a ela relativas eram isentos ou não tributados pela contribuição;

A Impugnante sustentou ainda que analisou detalhadamente suas operações, refazendo seus lançamentos, por produto, para que se pudesse atestar as alegações e valores descritos, afirmando estarem presentes todos os elementos para que se sustente a defesa apresentada, devendo-se buscar a verdade real através da realização de diligência. Para tanto, formulou quesitos.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção à Impugnação e aos documentos apresentados pelo contribuinte, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife/PE, julgou o processo em 10 de Fevereiro de 2011, proferindo o Acórdão de nº. 11-32.824, que restou assim ementando:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL Período de apuração: 01/05/2004 a 31/12/2004 Ementa:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. As diferenças apuradas nos valores escriturados e declarados devem ser lançados de ofício pela fiscalização, sendo considerados no levantamento dos créditos os recolhimentos devidamente comprovados.

IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE PROVAS. A Impugnação mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões de prova que possuir.

INSTANCIA JULGADORA. LIVRE CONVICÇÃO. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido”

A DRJ inicia seu voto afastando a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, explanando que o lançamento cumpriu os requisitos do art. 10 do Decreto

70.235/72 e que estavam presentes os lançamentos tanto a alíquota, quanto as bases utilizadas para o cálculo do tributo lançado.

No mérito a DRJ consigna que o sujeito passivo teve várias oportunidades para a comprovação dos valores apurados a título de COFINS, inclusive os valores geradores de créditos informados em sua DIPJ, trazendo aos autos documentos que não são hábeis para fins de comprovação dos valores discutidos. A planilha trazida pelo contribuinte em sua impugnação reveste-se de mero documento com valores alocados pelo próprio impugnante, sem a devida comprovação documental que desse suporte a tal levantamento, sendo, portanto, carente de eficácia probatória. A DRJ afirma ainda que não pode assumir o papel ativo na busca da verdade material, cuja necessidade de comprovação exija iniciativa da parte, sob pena da preclusão prevista nos artigos 15 e 16 do já citado Decreto.

Quanto à diligência a instância de julgamento *a quo* não crê que a realização da mesma pudesse trazer aos autos quaisquer outros elementos que não aqueles já solicitados pela Fiscalização e não atendidos pelo contribuinte, rejeitando o pedido.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Conforme AR de fls. 626 (n.e), em 05/04/2011 o sujeito passivo foi cientificado do Acórdão de 1ª Instância, tendo apresentado o competente recurso voluntário em 28/04/2011, trazendo, além dos argumentos já trazidos em sede de impugnação, os seguintes fundamentos:

- Que a diligência pugnada objetivava a observância dos parâmetros legais para a apuração da COFINS efetivamente devida pelo contribuinte, uma vez existia em poder do Auditor Fiscal documentos que permitissem a composição da receita auferida, e mesmo assim esta não restou corretamente efetuada;

- Que a presunção em favor do Fisco não pode chegar ao ponto de afastar afirmações efetuadas pelo contribuinte, escorada em seus próprios relatórios;

A recorrente fundamenta ainda, por fim, que não pode concordar com a decisão final de que não apresentou nos autos prova a seu favor, até mesmo por que se pôs, e pôs sua documentação contábil e fiscal, à disposição do auditor fiscal para a realização de diligência, cuja não concessão ofende o princípio do contraditório e ampla defesa.

A Recorrente então anexa ao recurso documentos fiscais e planilhas de cálculo, pugnando novamente por sua análise, na busca do correto valor tributável, aduzindo ainda que a inversão do ônus da prova a que está sendo submetida, ofende o artigo 142 do CTN, requerendo, por fim, a avaliação dos documentos acostados e a improcedência do lançamento.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 1 (um) volume, numerado até a folha 1656 (um mil seiscentos e cinquenta e seis) estando apto para análise

Processo nº 16707.000962/2009-98
Resolução nº **3402-000.617**

S3-C4T2
Fl. 1.661

desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos de admissibilidade, de modo que dele devo tomar conhecimento.

Do que se colhe do relatório que resume dos fatos ocorridos no processo, o sujeito passivo ora recorrente sofreu autuação a título de COFINS, motivada, segundo consta no auto de infração, nas diferenças existentes entre as declarações prestadas pelo contribuinte, e os recolhimentos por ele efetuados.

Constata-se, ainda, que desde sua impugnação o contribuinte alega haver inconsistências nos valores lançados pela Autoridade Fiscal, fundamentando que a referida autoridade equivocou-se nas bases de cálculo da COFINS a serem consideradas para o lançamento, trazendo, desde a peça impugnatória, documentos que segundo seu entendimento poderiam comprovar os erros apontados, demonstrando valores tributáveis diversos daqueles utilizados. Para tanto, o então impugnante suscita seja realizada a diligência no processo.

Adiante a 1ª instância de julgamento afasta as arguições do autuado, manifestando seu entendimento de que os documentos trazidos aos autos na impugnação carecem de eficácia probatória, bem como, de que não pode a DRJ assumir papel ativo na busca da verdade material, uma vez que tal papel deva ser de iniciativa da parte, sob pena de preclusão.

Neste ponto entendo que, antes mesmo até de verificar os argumentos trazidos pelo contribuinte em seu recurso, minha análise do processo merece uma interferência, tendo em vista que se tratam os autos de AUTO DE INFRAÇÃO, cujo *ônus probandi* é da Autoridade Fiscal.

Data máxima venia às conclusões esposadas no julgamento recorrido, vejo que o contribuinte cumpriu seu papel na busca comprobatória de seu direito, trazendo aos autos documentos que, em caso de dúvidas acerca de tanto requisitos formais, quanto materiais do lançamento, deveriam se consultados justamente na busca da verdade material.

Além disso, analisando então as razões de recurso consignadas pelo contribuinte, percebo que novamente ele rediscute as bases de cálculo utilizadas pela Autoridade Fiscal, trazendo novos documentos na tentativa de comprovar o direito alegado, já que a DRJ entendera pela não realização de diligência, e ao mesmo tempo entendera que o contribuinte não teria trazido provas hábeis até então, para sustentar suas afirmações.

Conforme convicção pessoal, no momento em que a Autoridade Fiscal lavrou auto de infração alegando divergências entre valores declarados e pagos, deveria ter – além da evidente diferença constatada, resultando, por sua vez, de meros cruzamentos eletrônicos de dados – verificado as reais bases de cálculo da contribuição a ser exigida, pois é sabido que no direito processual, o ônus da prova incumbe a quem alega, *in verbis*:

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.

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, ou para o sujeito passivo, quando formula pleito para ver reconhecido crédito em seu favor.

A despeito desta situação, tenho que apesar de incumbir à Autoridade Fiscal a prova da pretensão creditória lançada, o sujeito passivo trouxe aos autos documentos que se prestam, no mínimo, de um início de prova, um indício, de que haveriam outras considerações de fato e de direito a serem observadas para a composição da base de cálculo tributável, podendo resultar, ao final, em valor diverso daquele utilizado pelo Fisco.

Assim, a meu ver, havendo a mera verossimilhança das alegações elencadas pelo sujeito passivo, e não tendo sido elas efetivamente apuradas pela Instância Julgadora anterior, na busca da verdade material, respeitando o campo e a natureza das “probabilidades”, entendo que ao processo merecem ser efetuadas elucidações acerca da correta apuração da COFINS devida pelo contribuinte no período a que se refere esta autuação, sendo a mesma realizada por meio de diligência, que deve observar tanto os documentos acostados pelo contribuinte aos autos, quanto outros mais que entenda necessários para a verificação da ocorrência do fato gerador e de seus elementos essenciais.

Assim sendo, deve a Autoridade Preparadora elaborar Parecer Conclusivo detalhado acerca da forma de apuração da base de cálculo que será averiguada, possibilitando o esclarecimento dos pontos de divergência até então discutidos no processo, tais como, por exemplo, a consideração ou não de créditos existentes em favor do contribuinte, passíveis de desconto da contribuição devida, assim como, a existência de receitas não sujeitas ao pagamento da contribuição (isentas, alíquota zero ou sujeitas a substituição tributária etc.), para cada período objeto do lançamento.

Após elaboração das considerações conclusivas, seja ao contribuinte dado o direito para, querendo, se manifestar em prazo de 30 (trinta) dias, retornado então os autos novamente à este Colegiado para prosseguimento no julgamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Jr – Relator.