



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

Processo nº 19515.001594/2004-36
Recurso nº 269.857 Voluntário
Acórdão nº **3803-02.365 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 26 de janeiro de 2012
Matéria PIS - AUTO DE INFRAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente COMPANHIA DE EMPREENDIMENTOS SÃO PAULO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA

Inexiste cerceamento do direito de defesa se se infere da irresignação do contribuinte o conhecimento da motivação do lançamento.

REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO.

Depois de regularmente intimado o sujeito passivo, é nula qualquer intervenção da autoridade preparadora no processo, tendente a modificar o lançamento de ofício, salvo se ocorrer alguma das hipóteses autorizatórias de revisão de ofício, que deverá ser implementada pela autoridade lançadora.

ÔNUS DA PROVA. FATO MODIFICATIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA.

O Direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário referente às contribuições sociais decai em 5 (cinco) anos, contados da data de ocorrência do fato gerador quando o contribuinte tiver tomado a providência de que trata o §4º do art. 150 do CTN.

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 votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os conselheiros Belchior Melo de Sousa, Andréa Medrado Darzé, Alan Fialho Gandra, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

O presente processo foi instaurado para constituição e formalização de exigência de Contribuição para o Plano de Integração Social – PIS, incidência cumulativa e não-cumulativa em decorrência da lavratura do Auto de Infração de fls. 40 a 45, no valor total de R\$ 11.835,78. Posteriormente, em virtude do disposto no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129, de 02/12/2005, foi juntado ao presente processo, por anexação, o de nº 19515.001596/2004-25, formalizado em decorrência da lavratura do Auto de Infração de fls. 147 a 152, referente à falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, Incidência Cumulativa e Incidência Não-Cumulativa, consubstanciando exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 33.046,40. Em procedimento de verificações preliminares obrigatórias, constataram-se divergências entre os valores escriturados e os declarados ou recolhidos, pelo contribuinte a título de Contribuição para o PIS e de Cofins. De acordo com os Termos de Constatação Fiscal de fls. 38 e 145, o contribuinte calculado a menor o PIS devido nos períodos de apuração de 04/1999, 05/1999, 12/2002 e 02/2004, e a Cofins devida nos períodos de apuração de 04/1999, 05/1999, 12/2002, 02/2003, 04/2003 e 02/2004, levando-se em consideração as informações de Faturamento, Outras Receitas Operacionais, Outras Receitas Não Operacionais e Depreciações, escrituradas nos Balancetes Mensais da sociedade (fls. 16 a 22), em relação aos valores declarados em DCTF ou recolhidos em Darf pelo contribuinte a título dessas contribuições, nos períodos de apuração em questão (fls. 23 a 31 e 126 a 138, respectivamente). Os valores lançados foram apurados na escrituração do próprio contribuinte e estão consolidados nos Demonstrativos Fiscais de fls. 39 e 146.

O autuado defendeu-se por meio das as impugnações de fls. 52/61 e 159/168. Em sede de preliminar, argüi que, em 30/09/2004, data da lavratura dos autos de infração, já teria decorrido o prazo decadencial para constituição do crédito tributário previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, referente aos fatos geradores anteriores a 30/09/1999. ainda em sede de preliminar, inquina o feito de nulidade por cerceamento de defesa, na medida das dificuldades apontadas para elaboração de sua defesa.

No mérito do lançamento do PIS relativo ao PA 12/2002, argumenta que, no demonstrativo fiscal de fl. 39, a Fiscalização considerou no cálculo dos créditos decorrentes da não-cumulatividade somente as despesas com depreciação, deixando de considerar outras despesas passíveis de apuração de créditos nos termos da legislação vigente, dentre as quais destaca as decorrentes de aluguéis, manutenção de imóvel, energia elétrica, *leasing*, despesas financeiras e despesas com prestação serviços a pessoas jurídicas.

Esclarece que os valores das diferenças apuradas de PIS e de Cofins no PA 02/2004, nos respectivos montantes de R\$ 2.792,16 e R\$ 6.000,00, são referentes à receita estornada decorrente de venda cancelada, informadas equivocadamente, em linha errada do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DICON respectivo.

A DRJ/RJOII-4ª Turma julgou o lançamento procedente. O Acórdão nº 13-18.787, de 31 de janeiro de 2008, fls. 261 a 271, teve ementa vazada nos seguintes termos:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/02/2004 a 29/02/2004**FALTA DE RECOLHIMENTO.**A falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o PIS, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA, SEGURIDADE SOCIAL – COFINS**Período de Apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/02/2004 a 29/02/2004**FALTA DE RECOLHIMENTO.**A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999**PIS. COFINS. DECADÊNCIA.**É de 10 anos o prazo decadencial para o lançamento da Contribuição para o PIS e da COFINS.**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/1999, 01/12/2002 a 31/12/2002, 01/02/2003 a 28/02/2003, 01/04/2003 a 30/04/2003, 01/02/2004 a 29/02/2004**NULIDADE. INEXISTÊNCIA.**Tendo sido o auto de infração lavrado em estreita obediência aos ditames da norma processual regente, dando total condição ao impugnante de expressar plenamente sua inconformidade com a exigência nele efetuada, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa muito menos na nulidade do procedimento fiscal.**ÔNUS DA PROVA. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA.**Cabe à impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que dêem a elas força probante.**Lançamento Procedente*

Invocando o art.149 do CTN, o Chefe de Divisão da DICAT/DERAT/SP, AFRFB Alexandre Vivanco Blanco, cancelou a cobrança do PIS e Cofins referentes a fatos geradores anteriores a 09/99, por entender extinto o direito da fazenda de constituir os respectivos créditos tributários, despacho de 19 de setembro de 2008, fl. 282.

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 4ª Turma da DRJ/RJO-II. O arrazoadado de fls. 296 a 308, após síntese dos fatos relacionados com a lide, protestar pela tempestividade de sua manifestação e lembrar do cancelamento parcial do lançamento promovido pela autoridade lançadora, retoma a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posto que a Fiscalização não especificou características essenciais à compreensão do lançamento e de seus motivos, nada tendo a ver tal fato com a possibilidade de apresentação ou não de defesa pela Recorrente. Aduz que o direito de acesso às provas pela Recorrente restou prejudicado, ante à parca descrição da autuação e que, em determinados meses, não se demonstrou a origem das diferenças apontadas. Transcreve jurisprudência.

No mérito, quanto ao lançamento do PIS do PA 12/2002, retoma a alegação de desconsideração dos créditos decorrentes, dentre as quais destaca os decorrentes de despesas com aluguéis, manutenção de imóvel, energia elétrica, *leasing*, despesas financeiras e despesas com prestação de serviços a pessoas jurídicas. No que se refere ao PA 02/2004, explica que, na linha 4 da ficha 5 do DICON (Cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep), ao invés de informar o valor bruto da sua receita de prestação de serviços, para posterior dedução dos créditos, a Recorrente registrou de pronto o valor da sua receita de prestação de serviços já diminuída das despesas de depreciação, razão pela qual a receita de locação de imóveis consignada no DICON diverge daquela apurada pela Fiscalização durante a ação fiscal.

Já quanto PA exigência de Cofins do PA 02/2004, explica que, também neste caso, na linha 4 da ficha 7 do DICON, ao invés de informar o valor bruto da sua receita de prestação de serviços, para posterior dedução dos créditos, a Recorrente registrou de pronto o valor da sua receita de prestação de serviços já diminuída das despesas de depreciação, sendo exatamente por essa razão que a receita de locação de imóveis consignada no DICON diverge daquela apurada pela fiscalização durante a ação fiscal.

Finalmente, a respeito da diferença de R\$ 2.792,16 e de R\$ 6.000,00 referentes à Contribuição ao PIS e a Cofins, respectivamente, retoma a alegação de corresponderem a receita estornada decorrente de venda cancelada, informada em linha errada do DICON. Atribui à Fiscalização o ônus de provar o contrário.

Requer a reforma da decisão da DRJ para que os lançamentos sejam cancelados e o presente processo arquivado. Protesta por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos e, com fundamento no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, notadamente pela posterior juntada dos documentos que se fizerem necessários.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 296 a 308 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-RJO-II/4ª Turma nº 13-18.787, de 31 de janeiro de 2008.

Pedido de juntada posterior de documentos

Nos termos do §4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março 1972 - PAF, que o Recorrente demonstrou conhecer, a prova documental prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que se comprove a ocorrência de ao menos uma das seguintes hipóteses:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Fora dessas hipóteses, a prova documental carreada aos autos depois da impugnação não será conhecida.

Matéria controvertida

Circunscreva-se o litígio aos períodos de apuração de dezembro de 2002 e fevereiro de 2004. O recorrente nada aduziu quanto à parcela do lançamento de Cofins referente aos PAs fevereiro e março de 2003.

Preliminar: cerceamento do direito de defesa

Compulsando os termos de "Descrição dos fatos e enquadramento legal", às fls. 43/44 e 150/151, e de "Constatação Fiscal" de fls. 38 e 145, constato que os mesmos descrevem minudentemente as irregularidades imputadas ao contribuinte, a forma e os meios utilizados para verificar a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável, tal e qual exige o art. 142 do CTN. A esses termos, o autuado teve acesso, como demonstrado na própria peça impugnatória.

A arguição de nulidade, nesse sentido, é vazia e genérica. O recorrente, por exemplo, acusa a Fiscalização de não ter especificado as características essenciais à compreensão do lançamento e de seus motivos, mas não explicitou em que medida isso teria prejudicado a sua defesa. Da mesma forma, alega que, em determinados meses, não se demonstrou a origem das diferenças apontadas, mas não se dignou a apontar em que meses tal omissão teria ocorrido.

O fato é que as próprias manifestações do contribuinte no processo demonstram a inocorrência de qualquer preterição do direito de defesa. É que ao articular suas razões, o impugnante e o recorrente acabaram por demonstrar o seu perfeito entendimento da acusação fiscal. A jurisprudência administrativa é pacífica:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexiste cerceamento do direito de defesa se se infere da irresignação do contribuinte o conhecimento da motivação do lançamento.

NORMAS PROCESSUAIS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não merecendo reparos se procedida nos exatos termos da legislação de regência.

Recurso negado.

(Acórdão nº 201-79.409, de 29 de junho de 2006, 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes)

Inexiste cerceamento do direito de defesa quando a parte dispõe de meios e recursos inerentes à ampla defesa para comprovar o seu direito.

Preliminar: decadência

Pela via do inusitado despacho de fl. 282, o Chefe da DICAT/DERAT/SP cancelou parcialmente o lançamento, por julgá-lo fulminado pela decadência.

Destaco que o Parecer PGFN/CAT nº 1617/2008, sobre o qual se apoiou o referido expediente, em hipótese alguma, autoriza tal intervenção extemporânea da autoridade preparadora.

Imagino que o diligente servidor entendeu-se autorizado pelo art. 145, inc. III, do CTN, que remete às hipóteses de revisão previstas no art. 149. Se foi isso, fê-lo improcedentemente, posto que nenhuma das hipóteses previstas nos incs. VII, VIII e XIX ocorreu. Ademais, tal autorização é dirigida somente à autoridade lançadora, que, no caso concreto, foi a DEFIC/SP, e não à autoridade preparadora.

O despacho de fl. 282 é nulo *ipso jure*.

Nada obstante, deixo de pronunciar a nulidade em observância do princípio *pas de nullité sans grief*.

Ao mesmo tempo, declaro a decadência do direito do fisco de constituir crédito tributário relativamente a fatos geradores ocorridos antes de 30/09/1999. Nesse sentido, determine-se à autoridade incumbida da execução deste Acórdão que promova as alterações no sistema PROFISC necessárias para extirpar do lançamento os períodos de apuração 04/1999 e 05/1999.

Mérito – PIS – PA 12/2002

Retomando os argumentos recursais, alegou-se que o procedimento fiscal considerou, no cálculo dos créditos decorrentes da não-cumulatividade, somente as despesas com depreciação, deixando de considerar despesas passíveis de apuração de créditos nos termos da legislação vigente, dentre as quais destaca aquelas decorrentes de aluguéis, manutenção de imóvel, energia elétrica, *leasing*, despesas financeiras e despesas com prestação

serviços a pessoas jurídicas. Acrescenta que essa metodologia teria majorado o valor da contribuição lançada.

A propósito, não há, nos autos, qualquer prova dos alegados créditos apurados sobre essas despesas, ônus que cabia ao autuado, segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, 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.

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 (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). 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)

Mérito – PIS e Cofins – PA 02/2004 – diferenças de R\$ 2.792,16 e de R\$ 6.000,00

A alegação recursal é no sentido de que tais diferenças correspondem a receita estornada decorrente de venda cancelada, informada em linha errada do DACON. Ao mesmo tempo, atribui à autoridade lançadora o ônus de provar que tal alegação não é verdadeira.

Repetem-se aqui as mesmas razões já defendidas no item anterior. Tratando-se de causa modificativa do lançamento, toca à parte que a alega provar, não somente a ocorrência de erro no preenchimento do DACON, como também o cancelamento das vendas. O recorrente, no entanto, não se preocupou em fazê-lo.

Processo nº 19515.001594/2004-36
Acórdão n.º **3803-02.365**

S3-TE03
Fl. 324

Conclusões

Com essas considerações, voto por que se dê parcial provimento ao recurso, para cancelar o lançamento referente aos PAs 04/1999 e 05/1999, alcançados pela decadência, mantendo-se as demais parcelas do lançamento.

Sala de Sessões, em 26 de janeiro de 2012

Alexandre Kern



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
Terceira Seção - Terceira Câmara

TERMO DE ENCAMINHAMENTO

Processo nº: 19515.001594/2004-36

Interessada: COMPANHIA DE EMPREENDIMENTOS SÃO PAULO

Encaminhem-se os presentes autos à unidade de origem, para ciência à interessada do teor do Acórdão nº **3803-02.365**, de 26 de janeiro de 2012, da 3ª. Turma Especial da 3ª. Seção e demais providências.

Brasília - DF, em 26 de janeiro de 2012.

[Assinado digitalmente]

Alexandre Kern

3ª Turma Especial da 3ª Seção - Presidente