



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001246-47.2018.4.04.7119/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

APELANTE: RM DA SILVEIRA & CIA LTDA (EMBARGANTE)

ADVOGADO(A): JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO (OAB RS045707)

APELADO: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (EMBARGADO)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DA DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA.

1. A embargante requereu, na inicial dos embargos à execução, a produção de prova pericial e também a concessão de prazo para a juntada de documentação, mas o Juiz não apreciou esse requerimento e determinou a emenda em outros aspectos, de modo que o processo seguiu com a regularização daquilo que foi determinado judicialmente. Após, foi requerida novamente a produção de prova pericial, indeferida sob o fundamento de que estaria "documentalmente esclarecida a matéria alegada". Contudo, quando da prolação da sentença, considerou-se a ausência da juntada de documentação para se fundamentar a sentença de improcedência.

2. Verifica-se que não foi adequadamente oportunizada, pelo Magistrado "a quo", a juntada de documentos expressamente requerida pela embargante. Consequentemente, não se deferiu a produção da prova pericial, devidamente requerida por esta, incorrendo-se em equívoco procedimental que prejudicou a embargante.

3. Diante do equívoco no procedimento, a sentença deve ser anulada, a fim de que seja concedido prazo razoável para a juntada dos documentos necessários à prova pericial postulada e, após a juntada, seja determinada a sua realização.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencido o relator, acolher a preliminar, determinando a anulação da sentença para que seja franqueada a realização da perícia postulada, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de setembro de 2024.

Documento eletrônico assinado por **ANDREI PITTEN VELLOSO, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40004697360v5** e do código CRC **57aff989**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ANDREI PITTEN VELLOSO
Data e Hora: 6/9/2024, às 8:43:8

5001246-47.2018.4.04.7119

RELATÓRIO

RM da Silveira & Cia Ltda. opôs embargos à execução fiscal 50004672920174047119 contra ela movida pela *União* (representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional) para cobrança de contribuições sociais, pretendendo:

- prova pericial para apurar (i) a existência dos créditos compensados nas PER/DCOMP's relativas ao Ano-Calendário de 2011; (ii) a correteza das DACONs referentes ao mesmo período, de modo a comprovar o simples equívoco formal no preenchimento da DIPJ de 2012, Ano-Calendário 2011; (iii) a incidência de PIS e COFINS sobre valores a título de ICMS; (iv) toda e qualquer informação que este d. Magistrado ou as partes julgarem necessárias quando da elaboração dos quesitos a fim de comprovar a inoportunidade dos fatos geradores que originaram as CDAs que compõem a execução embargada;
- seja a União condenada a arcar com os ônus da sucumbência, dentre eles incluindo-se o pagamento de honorários advocatícios aos patronos da Embargante, na forma do artigo 85 e §§ do CPC.

Sobreveio sentença de improcedência.

A embargante interpôs apelação suscitando preliminarmente a nulidade da sentença por cerceamento de defesa nos seguintes termos:

- ao apresentar sua defesa através dos embargos à execução fiscal, assim o fez frente ao e. Juízo de primeira instância suscitando a utilização de prova pericial para embasar a resolução deste caso. Intimada para dizer das provas que pretendia produzir especificamente, a ora Apelante veio aos

autos (evento nº 19 - autos em primeira instância) e pontuou que a prova pericial requerida destinava-se a apurar: (i) a existência dos créditos compensados nas PER/DCOMPs relativas ao Ano-Calendário de 2011; (ii) a corretude das DACONs referentes ao mesmo período, de modo a comprovar o simples equívoco formal no preenchimento da DIPJ de 2012, Ano-Calendário 2011; (iii) a incidência de PIS e COFINS sobre valores a título de ICMS; (iv) toda e qualquer informação que este d. Magistrado ou as partes julgarem necessárias quando da elaboração dos quesitos a fim de comprovar a inoocorrência dos fatos geradores que originaram as CDAs que compõem a execução embargada.

- O i. Julgador singular, então, indeferiu o pedido de procuração de prova e *[proferiu]* sentença de improcedência da defesa apresentada. Quanto ao excesso de execução em razão da incidência de PIS e COFINS sobre valores a título de ICMS, o e. Magistrado asseverou não se tratar de cálculo complexo capaz de ensejar a sua terceirização a um perito; e quanto aos demais pontos, disse ser necessária complexa análise dos fatos, a qual seria impossível diante da não apresentação dos documentos fiscais. Contudo, verifica-se que ao assim agir, o Juízo de primeira instância incorreu em verdadeiro cerceamento de defesa da ora Apelante, uma vez que (i) em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se trata de cálculo simples, capaz de ser realizado por pessoa que não tenha formação contábil; além de que (ii) em relação aos demais pontos sobre os quais se requereu perícia, não poderia tal meio de prova ter sido indeferido pelo simples fato de que a Embargante não havia previamente juntado os documentos a serem periciados, ademais de que sequer houve intimação para tanto. [...]
- quanto ao cálculo do PIS e da COFINS sobre o ICMS, veja-se que nada tem de simples. Para uma aferição exata do valor pago a maior, é necessário analisar a documentação fiscal através da qual a contribuinte informa ao Fisco a composição da base de cálculo das contribuições em questão, que é a receita bruta. Tais informações são fornecidas através do SPED Contribuições, Sistema Público de Escrituração Digital, que trabalha através de arquivos que, muito embora sejam transmissíveis em formato textual, somente são compreensíveis através da utilização de sistemas contábeis específicos. Para compreender as informações constantes no SPED é necessário utilizar programas que leem esse formato de código e mostram as informações dos arquivos SPED decodificando-as corretamente, para que então se possa passar à avaliação dos dados e, finalmente, à elaboração do cálculo. Como forma de vossas excelências comprovarem tal situação, junta-se a este recurso de apelação um arquivo do sistema SPED, para que consigam visualizar a impossibilidade de um operador do direito conseguir avaliar corretamente a composição da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, separar os valores a título de ICMS e atualizar tais valores com a devida correção, a ser feita pela taxa SELIC, que é composta de alíquota variável, definida pelo Conselho de Política Monetária. Já por se tratar de arquivo totalmente codificado, para o qual é imprescindível a utilização de sistemas específicos para sua correta compreensão, não conseguiriam os procuradores da Apelante realizar esse tipo de trabalho. Sobretudo, em razão da complexidade envolvida no manuseio de arquivos que são tão extensos e complexos, ainda quando decodificados, faz com que a elaboração do cálculo carregue uma complexidade intrínseca. Dessa forma, não se pode dizer que o cálculo dos valores obtidos com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é um cálculo simples, seja pela codificação específica da documentação fiscal envolvida, seja pela extensão e dificuldade de manuseio dos arquivos por parte de um leigo em contabilidade.
- quanto aos demais pontos, em que o próprio Juízo singular reconheceu se tratar de matéria que depende de complexa análise de fatos, foi indeferido o pedido de produção de prova pericial sob o argumento de que a Apelante não havia previamente juntado aos autos a documentação necessária à realização da perícia em questão. Omite-se o r. Juízo, contudo, em relação ao fato de que sequer foi a parte intimada a realizar a juntada de tal documentação para posterior análise da viabilidade do meio de prova em questão. [...] a análise da necessidade e viabilidade do deferimento de perícia, no caso, prescinde do acesso aos documentos a serem periciados, uma vez que o próprio Juiz reconheceu que se trata de situação complexa que necessitaria o trabalho de um especialista da área contábil.
- requer-se o reconhecimento da violação aos arts. 370 e 489, § 1º, IV do CPC e art. 5º, LIV e LV da CF, para fins de sanar as nulidades decorrentes da inobservância aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que incorretamente indeferido o pedido de realização de prova pericial, devendo ser conhecido e provido o presente recurso, para fins de anular a sentença e determinar a reabertura da instrução probatória, com a realização da prova pericial requerida.

No mérito, a apelante deduziu os seguintes fundamentos para revisão da decisão recorrida:

- **corretude dos valores apontados nas DACONs, do equívoco formal de preenchimento na DIPJ e da procedência das PER/DCOMPs glosadas:** A ora Recorrente efetuou diversos PER/DCOMPs com base em créditos originados de pagamentos a maior de DARFs, apurações de Janeiro/2011 a Dezembro/2011. Os créditos compensados nas referidas PER/DCOMPs decorreram de retificação das DACONs do período de Janeiro/2011 a Dezembro/2011 com inclusão de “Receita Tributada a Alíquota Zero” relativamente a valores que anteriormente constavam, de forma indevida, no item “Receita de Venda de Bens e Serviços” - Alíquota de 7,6% - gerando, assim, créditos de PIS e COFINS a serem compensados. Em decorrência dessas retificações, ficaram evidenciados e informados créditos decorrentes de “Pagamentos Indevidos ou a Maior”. Por erro formal de preenchimento, os valores relativos a compras de mercadorias foram informados incorretamente no preenchimento da DIPJ 2012 - AnoCalendário 2011, divergindo dos valores informados nas DACONs. Desse fato, resultou a não homologação dos referidos PER/DCOMPs a que nos referimos anteriormente.
- a não homologação das compensações realizadas não pode subsistir, tendo em vista que a Recorrente tem pleno direito à compensação dos referidos créditos, uma vez que o que ocorreu foi um simples equívoco na prestação das informações na DIPJ relativamente aos valores informados de “compras de mercadorias” no preenchimento da DIPJ 2012 - Ano-Calendário 2011. Dessa forma, em homenagem ao princípio da verdade material, foi realizado em primeira instância pedido de perícia contábil no sentido de apurar a corretude das compensações requeridas através da apuração das vendas realizadas com alíquota zero no período em questão, gerando assim os créditos glosados nas PER/DCOMPs que originaram os créditos tributários exequendos. Ainda, sabendo-se que os valores corretos relativamente às receitas do ano-calendário de 2011 são que constam nas DACONs, igualmente não procede a cobrança de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, uma vez que a DIPJ 2012 - AnoCalendário 2011 foi preenchida de forma equivocada, o que também restaria comprovado mediante a realização da perícia contábil indeferida em primeira instância. Assim, diante do indeferimento da realização de perícia, requer-se a juntada da documentação em anexo para fins de comprovação da corretude das informações apresentadas nas referidas DACONs do Ano-Calendário 2011, de modo a se verificar o simples equívoco formal no preenchimento da DIPJ de mesma competência. Dessa forma, se acolhida a preliminar e determinada a remessa dos autos para realização da perícia requerida em primeira instância, comprovar-se-á a inocorrência dos fatos geradores dos créditos tributários objetos da execução fiscal ora embargada, devendo, então, ser reconhecida a extinção dos créditos exequendos e a consequente nulidade das CDAs que embasam a execução, sendo a mesma extinta com resolução de mérito.
- **Excesso de execução em relação ao principal:** A Apelante é pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída, que tem por objeto social principal o comércio atacadista de leite e laticínios, conforme contrato social e Cartão CNPJ anexos. Com relação ao valor principal da execução embargada, há excesso de execução, pois, conforme se observa das CDAs que originaram a execução ora embargada, trata-se de crédito tributário referente a PIS e COFINS, onde se indica como fundamento legal a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991 e Lei Complementar nº 7, de setembro de 1970 (Autos Originários, Evento 2).
- tendo em vista o legislador não ter previsto a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, bem como, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que o faturamento compreende o valor obtido com a operação (negócio jurídico) de venda de mercadorias e prestação de serviços, somente cabe nesse conceito aquilo que de fato adentra aos cofres da sociedade empresária executada. Logo, não há de se cogitar da incidência de tributo sobre parcela que não representa expressão de riqueza do sujeito passivo.
- por não se tratar o ICMS de receita da Apelante, a sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS resulta no excesso de execução em relação ao valor principal; o que, de pronto, deve ser reconhecido, para que então sejam apurados os valores pelo competente perito.

A contraparte respondeu ao recurso.

VOTO

O recurso interposto é adequado, tempestivo, regular e pertinente com a decisão recorrida. Não são devidas custas.

A embargante objetiva declaração de nulidade, total ou parcial, dos créditos tributários que embasam a execução fiscal 50004672920174047119 (CDAs no e1d2 e seguintes) alegando:

1. equívocos formais no preenchimento de declarações de recolhimento de imposto de renda (DIPJ 2012, Ano-Calendário 2011), resultando em não homologação da totalidade de créditos de PIS-PASEP e COFINS em pedidos de compensação administrativa (PER/DCOMP); e
2. inclusão indevida de ICMS em suas operações de venda, o *ICMS destacado nas notas fiscais*, na base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS de que é sujeito passivo tributário.

Quanto ao segundo ponto, vige a tese 69 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins* (STF, Tribunal Pleno, tese 69 de repercussão geral, RE 574706, p. 2out.2017). Houve ajustes no preceito em embargos de declaração (p. 12ago.2021), esclarecido que a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS conforme a tese 69 de repercussão geral somente opera quanto aos recolhimentos após 15mar.2017, data em que foi fixada a tese 69, ressalvados os casos ajuizados até essa data. O Supremo Tribunal Federal orientou que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS é o destacado na nota fiscal.

Quanto ao primeiro ponto, o erro no preenchimento de declarações relacionadas a compensação de tributos pode ser superado por prova no processo judicial que ateste a existência material de crédito tributário a ser compensado, em observância ao princípio da verdade material. A jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da Quarta Região admite a possibilidade em diversas situações tributárias:

[...] Deve prevalecer a verdade material no trato da obrigação tributária quando restar demonstrada, por prova pericial, a existência do crédito invocado na compensação [...]

(TRF4, Primeira Turma, AC 50032078920184047000, 11abr.2024)

[...] 1. A falta de quitação de débito tributário alvo de compensação não homologada por inviabilidade do aproveitamento de IRRF existente e incontroverso, mas equivocadamente contabilizado pela contribuinte em exercício distinto daquele em que ocorrida a retenção, sobreporia a forma de apuração à existência do crédito a compensar.

2. Prevalece a verdade material acerca da existência do crédito decorrente de IRRF, ainda que reconhecido o descumprimento de disposições legais relativas à forma de apuração e contabilização por parte da autora.

(TRF4, Segunda Turma, AC 50514363220224047100, 1ºmar.2024)

[...] A despeito de equívoco no preenchimento de Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), deve ser privilegiada, sempre que possível, a busca pela verdade material relativa à situação fiscal do Contribuinte, considerando que eventual preenchimento incorreto da documentação não retira, por si só, o direito de crédito do Contribuinte [...]

(TRF4, Primeira Turma, AC 50802324320164047100, 28nov.2023)

Em embargos à execução fiscal a presunção de liquidez e exigibilidade do crédito cobrado pode ser refutada por prova cujo ônus é da embargante, aplicando-se o inc. I do art. 373 do CPC (TRF4, Primeira Turma, AC 50029603020174047005, 23ago.2023; TRF4, Segunda Turma, AC 50129837420184047110, 2jul.2024). Mais do que sustentar direito em tese, incumbe à embargante demonstrar que seu direito foi efetivamente violado na constituição do crédito cobrado. De nada adianta declarar em embargos à execução fiscal erro da contribuinte no recolhimento de tributo ou ser ilegal ou inconstitucional a incidência deste ou daquele tributo sobre esta ou aquela verba se não provado que na constituição do crédito em execução fiscal foi acrescentada tal incidência e qual sua medida. A pretensão a ser veiculada nos embargos não é meramente declaratória, nem é possível relegar-se a apuração do débito para liquidação, mormente quando a demonstração de excesso faz parte do objeto da ação. Eventual cobrança indevida implica excesso de execução, matéria a ser provada nos embargos por iniciativa da embargante:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS.

1. A dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção juris tantum de certeza e liquidez. É ônus da parte executada apresentar documentos que comprovem a inexigibilidade, a incerteza ou a iliquidez da CDA. O reconhecimento de nulidade do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, por força de algum vício formal pertinente a tais requisitos, depende da demonstração de prejuízo à defesa.

2. Embora reconhecido, em sede de repercussão geral (Tema 69 STF) que 'o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS', ao alegar excesso de execução em embargos de devedor a parte embargante deve demonstrar a existência do fato constitutivo desse excesso no valor executado, que decorreria do cálculo do tributo sobre importâncias indevidas, e quantificar o excesso, não bastando alegação de violação de direito em tese.

(TRF4, Primeira Turma, AC 50020542220184047129, 3ago.2023)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. DISCUSSÃO DE DIREITO EM TESE.

Tratando-se de embargos à execução fiscal, ação de natureza constitutiva negativa por meio da qual o devedor tem por finalidade modificar ou extinguir a relação processual existente na ação de execução, incumbe ao embargante demonstrar a existência do alegado excesso no valor executado que decorreria do cálculo do tributo sobre importâncias indevidas, não bastando alegação de violação de direito em tese nesse sentido.

(TRF4, Segunda Turma, AC 50216314520194047001, 9dez.2021)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

1. Os embargos à execução fiscal não têm exclusivamente natureza declaratória, mas também natureza constitutiva negativa da dívida ativa. Isso significa, em termos abstratos, que o objeto precípua dos embargos à execução é a desconstituição do crédito cobrado na execução fiscal de que depende. Mais do que sustentar um direito em tese, incumbe ao embargante demonstrar que tal direito foi objetivamente violado no título que respalda a execução fiscal. A demonstração do excesso de execução e a apuração do valor correto da dívida não podem ser relegados para fase de liquidação dos embargos à execução, uma vez que a sentença deve ser líquida, indicando claramente os limites em que eventualmente intervém no crédito cobrado. Recai, portanto, sobre o embargante o ônus de provar seu direito, dispondo para tanto dos meios legais de prova cuja utilização requer observância ao contraditório e ao juízo de conveniência e necessidade do magistrado, nos termos dos arts. 369, 370 e 373, inc. do CPC. Precedentes.

3. Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes.

(TRF4, AC 5001305-25.2019.4.04.7111, Segunda Turma, 15out.2021)

Neste caso o exame das CDAs (EF 50004672920174047119, e1d2 e seguintes) não permite identificar se o saldo cobrado inclui créditos que a embargante pretendeu compensar e não foram reconhecidos administrativamente nem cômputo do ICMS das operações de saída da embargante na apuração da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS.

A embargante requereu em petição inicial e na réplica (e19d1) perícia contábil para apurar: (i) a existência dos créditos compensados nas PER/DCOMP's relativas ao Ano-Calendário de 2011; (ii) a correteza das DACONs referentes ao mesmo período, de modo a comprovar o simples equívoco formal no preenchimento da DIPJ de 2012, Ano-Calendário 2011; (iii) a incidência de PIS e COFINS sobre valores a título de ICMS; (iv) toda e qualquer informação que este d. Magistrado ou as partes julgarem necessárias quando da elaboração dos quesitos a fim de comprovar a inocorrência dos fatos geradores que originaram as CDAs que compõem a execução embargada.

O Juízo de origem indeferiu a perícia (e21 na origem) por considerar *documentalmente esclarecida a matéria alegada*. Em sentença foi extinto o processo sem resolução de mérito quanto ao pedido de exclusão de ICMS na base de cálculo de contribuições para PIS-PASEP e COFINS, por a embargante *não ter apresentado memória de cálculo nem qualquer documentação comprobatória de seu direito*, julgando improcedentes o remanescente nos embargos por ausência de prova documental suficiente, quanto à revisão das compensações por equívoco formal no preenchimento de guias (DIPJ):

[...] considerando a presunção de liquidez e certeza da CDA, era imprescindível que a parte embargante apresentasse na inicial o demonstrativo do valor que entende correto. Não é cabível transferir este encargo a perito judicial, eis que não se trata de cálculo complexo (art. 464, §1º, I, do CPC). Ademais, a prova pericial não tem como finalidade suprir a ausência dos documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 320 do CPC).

Por fim, destaco que, além de não ter apresentado memória de cálculo, a embargante não apresentou qualquer documentação comprobatória de seu direito, de modo que prejudicou o contraditório e a ampla defesa da parte embargada, não cabendo falar em saneamento neste momento processual. Tampouco poderia a embargante alegar o desrespeito ao princípio da não-surpresa, eis que a embargada, em impugnação, levantou essa tese, sem ter havido qualquer iniciativa de suprimento posterior.

Portanto, apesar deste Juízo sempre buscar a solução da lide, com base no princípio da primazia da resolução de mérito, no caso em concreto a solução é a extinção sem julgamento de mérito do pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do COFINS, conforme art. 485, IV, c/c art. 917, §4º, II, do CPC.

[...] observa-se, dos esclarecimentos prestados pela Receita Federal, que, no tocante à retificação da DACON do período de janeiro/2011 a dezembro/2011, a empresa embargante sequer apresentou ao Fisco as informações necessárias à verificação de quais mercadorias comporiam as receitas com alíquota zero (ev. 14, PROCADM2, p. 22).

De outra parte, a parte embargante sequer trouxe ao bojo da presente ação os referidos documentos.

Não se trata de simples verificação de incongruência entre os dados apresentados na DACON e na DIPJ. Para o reconhecimento do direito à compensação postulado, far-se-ia necessária complexa análise de fatos,

relativa às mercadorias cuja alíquota tributária seria 0%, o que é impossível sem a apresentação da documentação contábil da empresa.

Na mesma linha, resta afastada qualquer alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial, pois até mesmo o perito contábil necessitaria de tal documentação para realização da conta. Tampouco há que se falar em dificuldade de acesso à justiça, pois a embargante é empresa de grande porte, representada por escritório de advocacia especializado.

Interessante notar que a própria embargante, na inicial, menciona o interesse em juntar a documentação fiscal pertinente. Contudo, decorrida toda a instrução, não o fez.

Há contradição lógica entre as decisões do Juízo de origem ao longo do processo. Ao considerar que as *questões suscitadas nos embargos somente podem ser avaliadas após instrução probatória* (e8 na origem) e após a fase postulatória ter decidido estar *documentalmente esclarecida a matéria alegada*, indeferindo a *produção de outras provas* (e21 na origem), o Juízo não poderia concluir pela *ausência dos documentos indispensáveis à propositura da ação*, nem que *a embargante não apresentou qualquer documentação comprobatória de seu direito*. A contradição lógica entre a decisão que encerra a instrução e encaminha a decisão de mérito, logo proferida, resulta em estabelecer para a embargante a possibilidade processual-recursal de impugnação da regularidade procedimental quanto à prova. O momento de impugnar a regularidade do procedimento é exatamente a apelação, considerando as restrições do art. 1.015 do CPC e tese 988 de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça.

O Juízo de origem não apontou na decisão de recebimento dos embargos à execução fiscal (e3 na origem) a falha prevista no § 4º do art. 917 do CPC, oportunidade em que deveria ter oportunizado a emenda da petição inicial para conformar o requerimento aos limites da lei. Não houve deliberação expressa sobre o requerimento de perícia contábil. Admite-se como viável a assertiva de não ser *cabível transferir este encargo a perito judicial, eis que não se trata de cálculo complexo* constante da sentença, especialmente considerando que os elementos de cálculo, as informações sobre as tentativas de compensação mal-sucedidas e sobre faturamento e apuração da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS, são de controle da embargante, que tem o dever de as manter em contabilidade ordenada.

A questão, porém, não resulta em nulidade da sentença. As referidas informações sobre as tentativas de compensação mal-sucedidas e sobre faturamento e apuração da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS são necessariamente de controle da embargante, que tem o dever de as declarar ao Fisco. Nas oportunidades de petição inicial ou de emenda a ela a embargante não ofereceu qualquer documento ou demonstrativo contábil de suas contas. A única informação precisa que há nos embargos à execução fiscal de origem é a cópia de processo administrativo-fiscal trazida pela embargada (e14d2 na origem) que não homologou as compensações pretendidas pela embargante. Em uma das decisões da Autoridade Fiscal é interessante notar (e14d2p13 na origem):

2. Foi apurado COFINS não cumulativo, código 5856, em DACON - Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais, nos meses do ano de 2011, com os valores sendo declarados via DCTF e liquidados via pagamento, posteriormente as DACONs e DCTFs foram retificadas, com valores a pagar menor que os anteriores, fls. 189/190.
3. A retificação das DACONs ocorreu com inclusão de “Receita Tributada a Alíquota Zero” - Ficha 17A - linha 4, com valores extraídos parcialmente do item “Receita de Venda de Bens e Serviços - Alíquota de 7,6%”, fls. 137/188-194/453.
4. Com a finalidade de esclarecer que mercadorias compõe as Receitas com alíquota zero, nas DACON 2011, foi emitida Intimação 287/16 - fl. 191.
5. Não houve resposta até esta data de 04 de agosto de 2016.

A omissão em provar da embargante vem já da fase administrativa de apuração dos créditos em execução fiscal. Com a petição inicial há apenas cópia de contrato social e de cartão do CNPJ; com a emenda à petição inicial há procuração (não apresentada com a petição inicial), cópia de contrato social e cópia de carta precatória de penhora. Na petição inicial original e emendada não há sequer um esboço de cálculo; apenas argumentos puramente abstratos estão naquele documento.

Dispõe a lei que o *ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito* (inc. I do art. 373 do CPC). O *ônus de provar que o valor cobrado a título de PIS e COFINS foi calculado em bases de cálculo indevidas pertence à parte embargante* (TRF4, Primeira Turma, AC 50012850320204047110, 21jun.2024). Era dever da autora e apelante *instruir a petição inicial com os documentos destinados a provar suas alegações* (art. 434 do CPC), não havendo neste caso a hipótese do *documento novo* de que trata o art. 435 do CPC. A situação neste processo é mais grave por conta das exigências dos §§ 3º e 4º do art. 917 do CPC, que deveriam ter sido aplicadas pelo Juízo de origem imediatamente no controle da petição inicial, e diante da disponibilidade para a apelante do *processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa* (art. 41 da L 6.830/1980).

Mesmo que se proclamasse a nulidade por falta da perícia, não foi produzida qualquer prova documental na oportunidade adequada, impedindo que o exame pericial se debruçasse sobre material suficiente para alcançar alguma conclusão quanto às alegações puramente abstratas formuladas pela embargante. A documentação era de seu controle e estava para ela plenamente disponível ao tempo do ajuizamento dos embargos à execução fiscal. Não socorre a embargante a documentação apresentada pela embargada, que reafirma a presumida regularidade do lançamento quanto à glosa de compensação.

A questão da falta de documentos foi expressamente impugnada pela embargante (e14d1p4): *Os documentos juntados aos autos são insuficientes para comprovar os valores que o autor pretende ver excluídos das CDAs, e a comprovação de que a empresa de fato efetuou pagamentos a esse título.* A questão deve ser expressamente enfrentada, não se admitindo renovação de prazos sem qualquer justificativa razoável, como neste caso. A preclusão constituiu privilégio processual em favor da embargada.

O Juízo de origem não adotou essas conclusões diretas e tergiversou ao longo da tramitação do processo. A sentença evidencia isso. A decisão de Sua Excelência, porém, tem base na falta de prova e, especialmente, na falta de prova documental que não poderia ser produzida em etapa posterior à petição inicial e à emenda correspondente.

A sentença deve ser mantida, inclusive quanto à imputação dos ônus do processo. Sem honorários por estar sendo cobrado o encargo do art. 1º do DL 1.025/1969.

PREQUESTIONAMENTO

O enfrentamento das questões suscitadas em grau recursal e a análise da legislação aplicável são suficientes para prequestionar, para fins de recurso às instâncias superiores, os dispositivos que as fundamentam. Não é necessária a oposição de embargos de declaração para esse exclusivo fim, o que evidenciaria finalidade de procrastinação do recurso, passível de multa nos termos do § 2º do art. 1.026 do CPC.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por *negar provimento à apelação*.

Documento eletrônico assinado por **MARCELO DE NARDI, Desembargador Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40004565294v64** e do código CRC **ef3ae337**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): MARCELO DE NARDI
Data e Hora: 15/8/2024, às 12:6:11

5001246-47.2018.4.04.7119

VOTO DIVERGENTE

O Juiz Federal convocado Andrei Pitten Velloso:

Peço vênia para divergir do encaminhamento proposto.

Compulsando os autos na origem, verifico que a embargante requereu, na inicial, a produção de prova pericial e também a concessão de prazo para a juntada de documentação (Evento 1, INIC1, p. 11, ítems "c" e "d"), mas o

Juiz não apreciou esse requerimento e determinou a emenda em outros aspectos (Evento 3), de modo que o processo seguiu com a regularização daquilo que foi determinado judicialmente.

Após, foi requerida novamente a produção de prova pericial (Evento 19), indeferida sob o fundamento de que estaria "documentalmente esclarecida a matéria alegada".

Quando da prolação da sentença, contudo, considerou-se a ausência da juntada de documentação que seria imprescindível ao julgamento do feito:

Interessante notar que a própria embargante, na inicial, menciona o interesse em juntar a documentação fiscal pertinente. Contudo, decorrida toda a instrução, não o fez.

Ocorre que não foi adequadamente oportunizada, pelo magistrado "a quo", a juntada de documentos expressamente requerida pela embargante. Conseqüentemente, não se deferiu a produção da prova pericial, devidamente requerida por esta.

Assim, entendo ter havido erro no procedimento, pelo que a sentença deve ser anulada a fim de que seja concedido prazo razoável para a juntada dos documentos necessários à prova pericial postulada e, após a juntada, seja determinada a sua realização.

Ante o exposto, divergindo do il. Relator, voto por acolher a preliminar, determinando a anulação da sentença para que seja franqueada a realização da perícia postulada.

Documento eletrônico assinado por **ANDREI PITTEN VELLOSO, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40004642955v8** e do código CRC **64d67b10**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ANDREI PITTEN VELLOSO
Data e Hora: 15/8/2024, às 15:23:25

5001246-47.2018.4.04.7119

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 07/08/2024 A 14/08/2024

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001246-47.2018.4.04.7119/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

PROCURADOR(A): MARCELO VEIGA BECKHAUSEN

APELANTE: RM DA SILVEIRA & CIA LTDA (EMBARGANTE)

ADVOGADO(A): JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO (OAB RS045707)

APELADO: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (EMBARGADO)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual, realizada no período de 07/08/2024, às 00:00, a 14/08/2024, às 16:00, na sequência 1489, disponibilizada no DE de 29/07/2024.

Certifico que a 1ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E A DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELO JUIZ FEDERAL ANDREI PITTEN VELLOSO NO SENTIDO DE ACOLHER A PRELIMINAR, DETERMINANDO A ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA QUE SEJA FRANQUEADA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA POSTULADA, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELA DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIANE A. CORRÊA MÜNCH, O JULGAMENTO FOI SOBRESTADO NOS TERMOS DO ART. 942 DO CPC/2015.

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIANE A. CORRÊA MÜNCH

VOTANTE: JUIZ FEDERAL ANDREI PITTEN VELLOSO

MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA
Secretária

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Divergência - GAB. 12 (Des. Federal LEANDRO PAULSEN) - Juiz Federal ANDREI PITTEN VELLOSO.

Com a devida vênia, entendo ser necessária a produção de prova pericial.

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO PRESENCIAL DE 05/09/2024

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001246-47.2018.4.04.7119/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO DE NARDI

PROCURADOR(A): CARMEM ELISA HESSEL

APELANTE: RM DA SILVEIRA & CIA LTDA (EMBARGANTE)

ADVOGADO(A): JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO (OAB RS045707)

APELADO: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (EMBARGADO)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Presencial do dia 05/09/2024, na sequência 35, disponibilizada no DE de 27/08/2024.

Certifico que a 1ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, A 1ª TURMA DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, ACOLHER A PRELIMINAR, DETERMINANDO A ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA QUE SEJA FRANQUEADA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA POSTULADA, NOS TERMOS DO VOTO DO JUIZ FEDERAL ANDREI PITTEN VELLOSO QUE LAVRARÁ O ACÓRDÃO.

RELATOR DO ACÓRDÃO: JUIZ FEDERAL ANDREI PITTEN VELLOSO

VOTANTE: JUIZ FEDERAL TIAGO SCHERER

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA

MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA

Secretária