



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

Processo nº 10183.723879/2011-85
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-003.190 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de agosto de 2016
Matéria PIS E COFINS
Recorrente PETROLUZ DISTRIBUIDORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2009

ÔNUS DA PROVA.

Cabe à defesa o ônus da prova dos fatos modificativos da pretensão fazendária.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta de recolhimento apurada com base em dados extraídos da contabilidade do contribuinte e cancelados por seu contador, rende ensejo ao lançamento das diferenças apuradas com os consectários do lançamento de ofício.

MULTAS.

Tratando-se de procedimento de ofício, no qual a espontaneidade do contribuinte foi excluída pelo termo de início de fiscalização, é inaplicável a multa de mora prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96.

INCONSTITUCIONALIDADE.

O CARF é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade da lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É legítima a cobrança de juros de mora com base na variação da taxa Selic, ainda que seu montante supere o patamar de 12% ao ano.

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.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de autos de infração com ciência do contribuinte por via postal em 23/03/2011 (fl. 24), lavrados para exigir o PIS e a COFINS relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2009, em virtude de falta de recolhimento das contribuições.

Segundo a descrição dos fatos de fls. 17/18, a partir do cruzamento dos dados fornecidos pelo contribuinte à Agência Nacional do Petróleo, com os demonstrativos apresentados pela empresa à fiscalização mediante intimação, o exator apurou falta de recolhimento das contribuições em todos os meses do ano-calendário de 2009, conforme demonstrativos de fls. 19/20.

Em sede de impugnação, o contribuinte contestou a apuração do fisco, alegando a existência de diferenças em todos os meses do ano calendário, bem como diferença relativa a devoluções de combustível não consideradas pela fiscalização na apuração. Disse que o fisco apurou que a empresa vendeu 64.313,94 m³ de álcool hidratado em 2009, aplicando as alíquotas específicas de R\$ 21,43/m³ (PIS) e R\$ 98,57/m³ (COFINS). Entretanto, esses valores não correspondem à realidade, pois existe uma diferença de 112.000 litros que se referem a devoluções e retornos (demonstrativo de fl. 355) e uma diferença de 1.724,61 m³ (fl. 356), que alteram os valores apurados pela fiscalização. Além disso, nos meses de março e julho de 2009 as vendas do contribuinte foram maiores do que as apuradas pela fiscalização. Contestou a multa de ofício aplicada, por considerá-la confiscatória, abusiva e desproporcional. Contestou os juros de mora superiores a 12% ao ano, bem como a utilização da taxa Selic.

Por meio do Acórdão nº 54.914, de 19/11/2014, a 4ª Turma da DRJ - Ribeirão Preto julgou a impugnação improcedente. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2009

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Contribuição para o PIS/Pasep, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009 CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

Impugnação improcedente."

Regularmente notificado em 11/12/2014 (fl. 460), o contribuinte apresentou recurso voluntário de fls. 465 e seguintes em 05/01/2015, no qual reprisou as alegações de impugnação e arguiu a nulidade do acórdão de primeira instância, em face da violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, por ter desconsiderado as notas fiscais anexadas à impugnação. Pleiteou a aplicação do art. 59, § 3º do Decreto nº 70.235/72 a fim de que a nulidade alegada seja superada, dando-se provimento ao recurso pelo mérito. Pleiteou a substituição da multa de ofício (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96) pela multa de mora (art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96), com base no art. 112 do CTN e no princípio do não-confisco.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, merece ser conhecido pelo colegiado.

A defesa alegou a nulidade do acórdão de primeira instância, por violação do contraditório e da ampla defesa, em virtude de a DRJ ter desconsiderado as informações prestadas pela defesa com a impugnação.

Essa preliminar se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Conforme se depreende dos autos, o contribuinte é distribuidor de álcool combustível e, desde 01/10/2008, optou pelo RECOB - Regime Especial de Apuração e Pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, incidentes sobre combustíveis e bebidas, com base no art. 5º, § 4º, II, da Lei nº 9.718/98, com a redação da Lei nº 11.727/2008, estando sujeito ao recolhimento do PIS e da COFINS calculados com base em alíquotas específicas que devem ser multiplicadas pela quantidade de metros cúbicos vendidos a cada mês.

A fiscalização recebeu da Agência Nacional do Petróleo informações sobre as quantidades de álcool movimentadas pelo contribuinte e intimou a empresa a demonstrar o cálculo das contribuições.

Em resposta, o contribuinte apresentou a memória de cálculo de fls. 103/114.

Confrontando a memória de cálculo do contribuinte (fls. 103/114) com os dados da ANP (fls. 118/328), a fiscalização detectou inconsistências, as quais o contribuinte justificou com as seguintes alegações (fls. 329/330): a) as diferenças entre as informações da ANP, do SIMP e de sua contabilidade se devem à "rigidez" do prazo para o encaminhamento das informações à ANP (dia 15 do mês seguinte), quando "nem sempre todos os documentos (NFs)" haviam sido apurados; e b) as diferenças entre ANP e SIMP (Sistema de Informações de Movimentação de Produtos da ANP) seriam decorrentes de devoluções de empréstimos de produtos, bem como baixas para consumo próprio.

A fiscalização aceitou as justificativas do contribuinte e adotou para a quantificação do lançamento as quantidades (em metros cúbicos) vendidas informadas pela própria empresa na memória de cálculo de fls. 103/114, conforme se pode constatar a partir da comparação entre as quantidades dessa planilha com o demonstrativo de apuração de fls. 19/20.

Para que os senhores conselheiros tenham ideia dos valores, colaciona-se a seguir a tabela de fl. 330, elaborada pelo próprio contribuinte em resposta à intimação da fiscalização, a qual totaliza os valores informados pela ANP, informados ao SIMP pelo contribuinte, e os existentes na contabilidade:

Saídas Alcool Hidratado (lts)

	ANP/Conf CD Receita	SIMP info.			CONTABILIDADE	DIF Cont x ANP
Jan	3.763.400	3.798.400	F	-35.000	3.860.500	97.100
Fev	5.779.693	5.779.693	V	0	5.801.693	22.000
Mar	5.867.750	5.887.750	F	-20.000	5.117.280	(750.470)
Abr	5.829.900	5.829.900	V	0	5.909.900	80.000
Mai	6.362.900	6.362.900	V	0	7.386.062	1.023.162
Jun	5.414.083	5.417.408	F	-3.325	5.527.000	112.917
Jul	5.091.000	5.091.000	V	0	5.046.500	(44.500)
Ago	4.015.000	4.045.000	F	-30.000	5.033.653	1.018.653
Set	4.859.500	4.926.500	F	-67.000	4.912.500	53.000
Out	6.112.500	6.112.500	V	0	6.122.510	10.010
Nov	4.660.280	4.660.280	V	0	4.715.280	55.000
Dez	4.776.000	4.776.000	V	0	4.881.093	105.093
TOTAIS	62.532.006	62.687.331			64.313.971	

*Saídas da Anp divergente com a que informada no simp ora devidos as devoluções de empréstimos ora devido as baixas de uso e consumo.


ODENILDO DE SÁ TELES
Rua Sebastião P. de Barros (Antiga Rua 3), nº. 85
Boa Esperança - CEP. 78068-375 - Cuiabá - MT
Tele/Fax: (55) 3634 - 6067 / 3634 - 1161
Contador CRC-MT 001959 - CPF: 046.013.861-87

Conforme se pode verificar no processo, a fiscalização adotou como base para a quantificação do crédito tributário ora lançado, os valores constantes da coluna "contabilidade" que foram cancelados pelo contador do contribuinte.

Tanto na impugnação, quanto no recurso, a defesa alegou a existência de diferenças. Haveria uma diferença de 112.000 litros que se referem a devoluções e retornos ocorridos em agosto e setembro de 2009. E uma diferença total no ano de 1.724,61 m³, valor que corresponderia ao somatório de pequenas diferenças ocorridas a cada mês do ano calendário de 2009.

Conforme bem apontou a 4ª Turma de Julgamento da DRJ - Ribeirão Preto, a defesa tentou modificar em sede de julgamento os valores por ela informados durante o procedimento fiscal, sem trazer a documentação hábil à comprovação dos erros alegados. Confira-se a passagem do voto condutor da decisão de primeira instância:

"(...) Na impugnação, a interessada apresenta novos dados, às fls. 355/356, cujos valores coincidem em parte com a coluna "SIMP info." e apenas no mês de outubro de 2009 com a coluna "CONTABILIDADE" do demonstrativo de fl. 330. Ou seja, pretende modificar os valores por ela própria informados durante o procedimento fiscal, sendo que teve inúmeras

oportunidades para fazê-lo, como comprovam os termos de intimação e reintimação.

No entanto, para supostamente comprovar esses “novos” números, apresenta 64 notas fiscais de saída (fls. 374/437) para “empréstimo”, sem contudo demonstrar que tais empréstimos tenham sido registrados equivocadamente em sua contabilidade, e que por isso tenham afetado os números por ela fornecidos anteriormente, sendo improcedente sua exclusão dos cálculos.

Também não existe qualquer explicação para a relação de valores apresentados no demonstrativo “CONFERÊNCIA iSIMP”, de fls. 438/441, e em que medida eles afetariam o lançamento efetuado.

(...)”

Realmente, a decisão de primeira instância não merece nenhum reparo, pois a teor do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, a escrituração contábil mantida com observância dos requisitos legais e devidamente acompanhada dos documentos que lhe dão lastro fazem prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados, *in verbis*:

Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração.

O referido dispositivo legal estabelece uma proteção para o contribuinte, em face do fisco, uma vez que os §§ 1º e 2º criaram uma presunção de legitimidade e de veracidade dos fatos registrados na escrita contábil, caso a escrituração seja mantida em conformidade com a legislação vigente, bem como que esteja acompanhada dos documentos fiscais e demais documentos correlatos, que derem lastro aos lançamentos.

A presunção de veracidade e legitimidade dos registros contábeis opera em dois sentidos. Por um lado, cabe ao fisco o ônus de provar que os lançamentos efetuados não correspondem à realidade, caso pretenda decretar a imprestabilidade da escrituração para fins fiscais (§ 2º). E, de outro lado cabe ao contribuinte por força do § 1º, nos casos de inexatidões ou erros eventualmente cometidos, produzir a prova do fato.

Por outro lado, a teor do art. 16, III, do Decreto nº 70.236/72, cabe à defesa o ônus da prova dos fatos modificativos da pretensão fazendária no momento da impugnação do lançamento.

Os dispositivos legais mencionados estabelecem não só os documentos hábeis a fazer prova a favor do contribuinte, mas também o momento processual em que essa prova deve ser produzida.

No caso concreto, as notas fiscais de saída a título de empréstimo trazidas com a impugnação não comprovam o quanto alegado pela defesa, pois sem os livros contábeis não é possível aferir se os valores informados sob a coluna "CONTABILIDADE" da tabela acima colacionada já não se encontram expurgados dos valores consignados nas notas fiscais trazidas com a impugnação.

Do mesmo modo, a defesa alegou que existem diferenças nas quantidades de metros cúbicos ao longo dos meses de 2009, que totalizariam 1.724,61 m³, mas não trouxe aos autos nenhuma justificativa para amparar tal alegação. O demonstrativo "CONFERÊNCIA iSIMP", de fls. 438/441 não comprova as diferenças alegadas, pois veio desacompanhado dos livros e documentos fiscais e de uma explicação acerca da natureza das diferenças.

Portanto, ao contrário do alegado, não existiu nulidade no acórdão de primeira instância por violação ao contraditório e da ampla defesa, pois a DRJ analisou os documentos apresentados e os rejeitou de forma fundamentada, não merecendo nenhum reparo a decisão recorrida.

Não tendo a defesa apresentado as provas dos fatos modificativos da pretensão fiscal, há que se manter os lançamentos efetuados com base nos dados informados pela empresa e ratificados por seu contador às fls. 330.

No que concerne aos consectários do lançamento de ofício, a defesa pleiteou a substituição da multa de ofício pela multa de mora, com base no art. 112 do CTN.

O pleito há que ser indeferido, pois o termo de início de ação fiscal de fl. 23, deixou bem claro que aquele ato processual excluiu a espontaneidade do contribuinte, *in verbis*:

A presente intimação exclui a espontaneidade, nos termos do art. 7º, § 1º e Inciso I do Decreto nº 70.235/72.

Portanto, inaplicável o art. 112 do CTN, pois não há dúvida de que o contribuinte não mais se encontrava em situação de espontaneidade.

Sendo assim, incabível a aplicação da multa do art. 61 da Lei nº 9.430/96, pois essa penalidade somente é aplicável ao procedimento espontâneo.

No que concerne à violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a observância de tais princípios já foi aferida pela Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo na ocasião da aprovação da lei. Estando os percentuais da multa estipulados em dispositivo legal válido, vigente e eficaz, só resta aos órgãos da Administração Pública velarem pelo seu fiel cumprimento, quando verificados os pressupostos fáticos de incidência da norma.

A defesa alegou a existência de violação do princípio do não confisco. Entretanto, conforme bem apontou a decisão de primeira instância, os órgãos administrativos de julgamento não podem afastar a aplicação da lei, sob o argumento de inconstitucionalidade.

No caso, essa questão foi pacificada na via administrativa desde o advento da Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

E também não é o caso de aplicação da Súmula nº 473 do STF, pois não existe nenhuma nulidade cometida pelo fisco ou pelo acórdão de primeira instância, que seja passível de correção pelo CARF.

A defesa também contestou os juros de mora, pois no seu entender valores superiores a 12% ao ano violam o art. 161 do CTN e também a taxa Selic, por ser incompatível com o art. 591 do Novo CPC, que permite apenas a capitalização anual de juros; com o art. 161 do CTN que só autoriza juros de 12% ao ano e com o art. 192, § 3º, CF/88, que estava em vigor na época da incidência tributária.

Não existe nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade no fato de o crédito tributário lançado de ofício ser corrigido por juros de mora em montante superior a 12% ao ano, pois o art. 161, § 1º do CTN autoriza a lei ordinária a estipular de modo diverso.

Além disso, equivoca-se a recorrente quanto à aplicabilidade o art. 192, § 3º da CF/88 ao caso concreto, pois os fatos geradores deste processo se referem ao ano calendário de 2009, enquanto que aquele dispositivo constitucional foi revogado em 2003 pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

No que concerne à taxa Selic, ela é perfeitamente compatível com o Novo CPC, pois nem o art. 591, citado pela defesa, e nem qualquer outro dispositivo do referido código impõem a obrigação de que os juros sejam capitalizados de forma anual.

Além disso, a análise do demonstrativo de apuração da multa e dos juros anexo ao auto de infração demonstra que as taxas mensais são somadas e não multiplicadas uma pela outra.

Portanto, se as taxas mensais são somadas, não existe a incidência de juros sobre juros, o que equivale a dizer que na aplicação da taxa Selic não ocorre a capitalização de juros.

A questão da exigência de juros de mora com base na variação da taxa Selic é matéria pacificada nas instâncias administrativas, conforme a Súmula CARF nº 4:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Com esses fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Antonio Carlos Atulim

Processo nº 10183.723879/2011-85
Acórdão n.º **3402-003.190**

S3-C4T2
Fl. 6

CÓPIA