



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

Processo nº 10980.015939/2008-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.108 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2016
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS
Recorrente INDÚSTRIA E PECUÁRIA SÃO JOSÉ/ ÂNGELO SETIM NETO
(responsável solidário)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 15/01/2007

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124 e 135, do CTN.

As pessoas, que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário. Além disso, constata-se que houve encerramento irregular das atividades da empresa.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

O mandado de procedimento fiscal foi extensivo e não houve análise dos supostos créditos por falta de documentação hábil e idônea.

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

O prazo da decadência deve ser regido art. 173, I, do Código Tributário Nacional, quando não houver pagamento antecipado pelo obrigado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 15/01/2007

BASE DE CÁLCULO. PIS. RECEITA APURADA COM BASE NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS

Mantém-se na íntegra a receita apurada com base no Livro de Registro de Saídas, por não ter sido produzida pelo sujeito passivo prova quanto à devolução de vendas

PIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO AO CRÉDITO.

A faculdade estabelecida para o aproveitamento de créditos básicos e presumido do PIS e da COFINS, na sistemática de não-cumulatividade, deve ser exercida pela pessoa jurídica e demonstrada em instrumento próprio.

Presunção de legitimidade do ato administrativo de lançamento.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADES.

À autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade e ilegalidades de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

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

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. SELIC. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora pelos percentuais legalmente determinados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. COFINS. RECEITA APURADA COM BASE NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS.

Mantém-se na íntegra a receita apurada com base no Livro de Registro de Saídas, por não ter sido produzida pelo sujeito passivo prova quanto à devolução de vendas.

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO AO CRÉDITO.

A faculdade estabelecida para o aproveitamento de créditos básicos e presumido do PIS e da COFINS, na sistemática de não-cumulatividade, deve ser exercida pela pessoa jurídica e demonstrada em instrumento próprio. Presunção de legitimidade do ato administrativo de lançamento.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADES.

À autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade e ilegalidades de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

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

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. SELIC. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa de ofício e juros de mora pelos percentuais legalmente determinados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por maioria de votos, foi negado provimento ao Recurso Voluntário, vencido o Conselheiro Domingos de Sá e a Conselheira Lenisa Prado que excluam as pessoas físicas do polo passivo.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente

(assinatura digital)

Sarah Maria Linhares de Araújo - Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Lenisa Rodrigues Prado, Paulo Guilherme Déroulède, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araujo.

Relatório

Trata-se de um recurso voluntário, advindo de um lançamento, que iniciou com um termo de início de ação fiscal, cuja ciência ocorreu em 14 de março de 2008 e cujo resultado foi o lançamento da contribuição ao PIS e da COFINS, resultando em um auto de infração sob número 10980.015939/2008-00.

Os lançamentos foram realizados sob o regime cumulativo e não cumulativo, dependendo da vigência da legislação da época, e, em conformidade com Lucro Real, já que a contribuinte não manifestou a sua opção na medida em que não entregou suas declarações correspondentes aos tributos lançados, como tampouco efetuou qualquer recolhimento. O procedimento fiscal baseou-se nas receitas registradas nos livros contábeis solicitados e nas GIAs — ICMS.

Houve atribuição de sujeição passiva solidária ao sócio-gerente, no caso, sr. Angelo Setim Neto. Tal fato ocorreu, porque em fiscalização *in loco*, o auditor relatou que funcionava no local da empresa fiscalizada, no caso, a Indústria e Pecuária São José, uma terceira empresa, denominada Pátria Minha Comércio de Carnes Ltda e que o proprietário desta última, sr. Wilson Camargo, informou que a primeira empresa faliu, que o endereço era outro, que conhece os proprietários, mas não tem qualquer tipo de relação com o fato. Além disso, sua situação cadastral junto à DIPJ está na situação de inativa e cadastrada como inapta. Em face de tal termo de atribuição de sujeição passiva solidária, houve impugnação por parte do sócio-gerente.

Na primeira impugnação em relação à contribuição ao PIS, a contribuinte alegou: i) decadência no período de janeiro a setembro de 2003, tendo em vista que o lançamento ocorreu em 07 de novembro de 2008; ii) desrespeito ao princípio da não-cumulatividade, com fundamento nos artigos 1º, § 3º, inciso V, "a", 3º e 11, todos da Lei nº 10.637/2002; iii) não utilização da taxa SELIC como índice para juros moratórios e iv) inaplicabilidade da multa imposta.

No que concerne à não-cumulatividade, a contribuinte alegou que a fiscalização não considerou as devoluções de venda, os créditos relativos a determinados custos, encargos e despesas, bem como o crédito presumido decorrente do estoque de abertura.

Quanto à primeira impugnação da COFINS, as matérias alegadas foram similares aquelas da impugnação da contribuição ao PIS, sendo que a diferença residiu na fundamentação legal, qual seja, a Lei nº 10.833/2003, que rege a COFINS não-cumulativa.

Diante disso, a DRJ/Curitiba decidiu, *in verbis*:

Tomando como referência os exemplos dos períodos de apuração de janeiro (PIS) e fevereiro (COFINS) de 2004 citados

pela impugnante, verifica-se que o valor apurado de PIS e COFINS é resultado da aplicação da alíquota do PIS/não-cumulativo e da COFINS não Cumulativa sobre o total da receita correspondente, consoante registrado no livro "REGISTRO DE SAÍDAS" (cópias fls. 136/v e 139/v do Anexo I), sem qualquer dedução. A título de amostragem, o mesmo verifica-se em relação aos períodos de apuração 03/2004 a 06/2004.

A contribuinte junta aos autos, às fls. 168/236 e 282/349, cópias de Balancetes Analíticos e do Livro Contábil de Entrada, a fim de demonstrar as despesas de compras que dariam direito ao crédito alegado, conforme tabelas de fls. 130/132 e 244/245.

Considerando que a alegação da contribuinte está em consonância com a legislação de regência por ela citada, e que, smj, não foram computados valores sob as rubricas destacadas anteriormente, é necessária a realização de diligência para averiguar a legitimidade dos créditos reclamados e ainda a eventual exclusão da base de cálculo dos valores referentes à devolução de vendas.

Assim, de acordo com o disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993, proponho que se encaminhe o processo ao Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba, Paraná, para o cumprimento da diligência proposta. É necessário, ainda, que se dê ciência à interessada do resultado do procedimento de diligência, bem como lhe seja concedido o prazo de trinta dias para apresentar razões adicionais de defesa.

Ocorre que a determinação não foi atendida de pronto pela DRJ/Curitiba, sendo que o supervisor de controle interno entendeu que não seria o caso da diligência, acima proposta. Posteriormente, sobreveio uma informação fiscal, que devolveu os autos à DRJ/Curitiba por entender que não existiram fatos novos para serem considerados e que se a contribuinte não declarou a intenção sobre o aproveitamento de créditos, existe uma obrigatoriedade em fazê-lo.

Assim, diante do caso, a Delegaria da Receita Federal sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/10/2003

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º 8.212, de 1991, por meio da Súmula Vinculante nº 8, editada pelo STF, deve ser observado o prazo quinquenal de decadência estabelecido no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, quando não houver pagamento antecipado pelo obrigado.

Período apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. RECEITA APURADA COM BASE NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS.

Mantém-se na íntegra a receita apurada com base no Livro de Registro de Saídas, por não ter sido produzida pelo sujeito passivo prova quanto à devolução de vendas.

PIS. COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO A CRÉDITO.

A faculdade estabelecida para o aproveitamento de créditos básicos e presumido do PIS e da COFINS, na sistemática de não-cumulatividade, deve ser exercida pela pessoa jurídica e demonstrada em instrumento próprio.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADES.

A autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade e ilegalidades de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa ofício e juros de mora pelos percentuais legalmente determinados.

Do teor da decisão supra citada, extraem-se excertos importantes quanto aos créditos, esclarecendo melhor o ocorrido:

Saliente-se que tais créditos não foram devidamente registrados pela impugnante no DACON, que, conforme já mencionado, sequer foi apresentado.

Ora, a utilização de créditos na apuração das contribuições devidas representa uma faculdade do contribuinte, que pode ou não ser exercida. Não se pode, nesses termos, seja na fiscalização levada a termo - na qual se verificou as informações prestadas pelo contribuinte em resposta. As intimações contra ele lavradas, informações essas que, vale dizer, também não apresentam qualquer indicação do aproveitamento de créditos na apuração do PIS e da COFINS devidas - seja no presente julgado, proceder ao aproveitamento de créditos, quando o próprio contribuinte não exerce essa faculdade nas declarações obrigatórias (DACON).

E, quanto à sujeição passiva tributária, a DRJ/Curitiba entendeu que não detinha competência para apreciar o feito e dispôs:

Por fim, quanto à pretensa exclusão do sócio Angelo Setim Neto do pólo passivo da presente autuação, em face do recebimento do Termo de Sujeição Passiva Solidária, cuja lavratura é mencionada no Termo de Verificação e Encerramento Fiscal (fl. 108), esclareça-se que às Delegacias de Julgamento compete julgar os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários.

Desta forma, este órgão de julgamento não é apto a se manifestar quanto à matéria referente à responsabilização de terceiros, que é afeta ao órgão responsável por uma possível execução posterior dos valores discutidos nos autos.

Da decisão da DRJ, o contribuinte apresentou recurso voluntário em relação ao termo de sujeição passiva e a contribuinte no que se refere à contribuição ao PIS e à COFINS.

Posteriormente, a contribuinte desistiu parcialmente do recurso voluntário, tendo em vista sua adesão ao parcelamento, instituído pela Lei nº 11.941/2009. Cabe esclarecer que o parcelamento só foi realizado em relação a alguns fatos jurídicos tributários, constantes do auto de infração e não do período integral. (fls. 404/405), tendo sido, inclusive, objeto da transferência dos débitos para o processo PAF nº 10912.000303/201083, discriminados nas fls. 407/411.

Retornando ao que sobejou em relação ao recurso voluntário, diante da omissão da DRJ/Curitiba em relação à sujeição passiva, o relator do recurso voluntário, Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, assim decidiu, extraindo-se alguns excertos, *in verbis*:

Finalmente, também já assentou a Jurisprudência Administrativa que, a nulidade da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal, implica em retorno do processo administrativo para o órgão julgador, a fim de que novo provimento seja exarado, de modo a não ensejar supressão de instância (cf. Ac. n. 20309919, da 3ª Câm do 2º CC, Rec. n. 122925, Proc. nº 10830.005027/9776, Rel. Cons. César Piantavigna, em sessão de 02/12/2004, em nome de MIRACEMA NUODEX S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS).

Isto posto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso para anular a r. decisão recorrida, a fim de que outra seja proferida com a análise pormenorizada da impugnação do sócio Recorrente, retomando-se o devido processo legal

Do retorno dos autos à DRJ/Curitiba para suprir a ausência de manifestação em relação à sujeição passiva solidária, houve um **segundo julgamento**, cuja ementa da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

DECISÃO ANULADA PELO CARF.

Cabe proferir novo acórdão atinente a processo cuja decisão de primeira instância foi anulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, INC. I, do CTN.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário, pois os atos da empresa são sempre praticados por meio da vontade de seus dirigentes formais ou informais, posto que todos ganham com o fato econômico.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao próprio sujeito passivo o ônus de provar as alegações contidas na impugnação apresentada.

Período apuração: 01/01/2003 a 31/10/2003

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º 8.212, de 1991, por meio da Súmula Vinculante nº 8, editada pelo STF, deve ser observado o prazo quinquenal de decadência estabelecido no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, quando não houver pagamento antecipado pelo obrigado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. PIS. RECEITA APURADA COM BASE NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS.

Mantém-se na íntegra a receita apurada com base no Livro de Registro de Saídas, por não ter sido produzida pelo sujeito passivo prova quanto à devolução de vendas.

PIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO A CRÉDITO.

A faculdade estabelecida para o aproveitamento de créditos básicos e presumido do PIS e da COFINS, na sistemática de não-cumulatividade, deve ser exercida pela pessoa jurídica e demonstrada em instrumento próprio.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADES.

A autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade e ilegalidades de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa ofício e juros de mora pelos percentuais legalmente determinados.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL COFINS**

Período de apuração: 01/02/2004 a 31/12/2006

BASE DE CÁLCULO. COFINS. RECEITA APURADA COM
BASE NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS.

Mantém-se na íntegra a receita apurada com base no Livro de Registro de Saídas, por não ter sido produzida pelo sujeito passivo prova quanto à devolução de vendas.

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. DIREITO A CRÉDITO.

A faculdade estabelecida para o aproveitamento de créditos básicos e presumido do PIS e da COFINS, na sistemática de não cumulatividade, deve ser exercida pela pessoa jurídica e demonstrada em instrumento próprio.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADES.

À autoridade administrativa é vedado manifestar-se sobre questões de constitucionalidade e ilegalidades de normas regularmente inseridas no ordenamento jurídico.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

Presentes os pressupostos de exigência, cobram-se multa ofício e juros de mora pelos percentuais legalmente determinados.

Após a segunda decisão da DRJ/Curitiba, foram reapresentados os recursos voluntários pela Indústria e Pecuária São José Ltda e pelo sr. Angelo Setim Neto, responsável solidário.

Irresignado, o responsável solidário apresentou recurso voluntário, alegando, em síntese: i) que a Receita Federal limitou-se a estabelecer a sujeição passiva solidária do sócio, tendo por base o art. 124, I, do CTN, haja vista que “os sócios de uma empresa têm interesse na ocorrência do fato gerador”, pois é próprio da atividade comercial a busca do resultado econômico através da realização de operações que caracterizam fatos geradores”; ii) que o “interesse comum” de que trata o art. 124, I, do CTN, não se refere aos sócios e administradores da empresa, sendo comum que o interesse dos sócios coincida com os objetivos econômicos da empresa; iii) que, nos termos do inciso III do art. 135 do CTN, o sócio só pode ser responsabilizado solidariamente nos casos em que os créditos correspondentes às obrigações tributárias sejam resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, o que deve ser devidamente comprovado pelo Fisco; que o simples fato de a empresa não cumprir com uma obrigação, ou mesmo deixar de pagar o tributo, não tem como consequência direta a possibilidade desses valores serem exigidos dos sócios da empresa ou da pessoa que agiu em nome e por conta desta; e aponta decisão que teria sido proferida pelo STJ neste sentido, em sede de recurso repetitivo.

No recurso voluntário, apresentado pela Indústria e Pecuária São José Ltda, foram repetidos os fundamentos apresentados na impugnação administrativa.

Do **segundo retorno** dos autos a este tribunal administrativo, a conselheira Irene Souza da Trindade Torres Oliveira votou no sentido de converter o julgamento em diligência para que fossem juntados aos autos o termo de sujeição passiva solidária. Ocorre que, posteriormente, foi verificado que tal termo já se encontrava nos autos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sarah Maria Linhares de Araújo, Relatora.

1. Dos requisitos de admissibilidade e do objeto do recurso

O Recurso Voluntário foi apresentado de modo tempestivo, sendo que tanto o responsável, como a contribuinte, foram cientificados da segunda decisão da DRJ/Curitiba em

31 de outubro de 2013 e ambos protocolaram os seus recursos em **18 de novembro de 2013**. Trata-se de matéria da competência deste colegiado e atende aos pressupostos legais de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Houve adesão ao parcelamento, instituído pela Lei nº 11.941/2009. Cabe esclarecer que o parcelamento só foi realizado em relação a alguns fatos jurídicos tributários, constantes do auto de infração e não do período integral. (fls. 404/405), tendo sido, inclusive, objeto da transferência dos débitos para o processo PAF nº 10912.000303/201083, discriminados nas fls. 407/411. O período atingido no parcelamento em relação à contribuição ao PIS foi de **novembro/2003** a **dezembro/2006**. Já em relação à COFINS, foi de **fevereiro/2004** a **dezembro/ 2006**. Assim, os fatos jurídicos tributários, **objeto** do presente acórdão, são em relação à contribuição ao **PIS** de **31.01.2003** a **31.10.2003** e em relação à **COFINS** de **31.01.2003** a **31.01.2004**.

2. Das preliminares

2.1. Da alegação do cerceamento de defesa - nulidade de decisão da primeira instância - dos valores de venda lançados equivocadamente

A contribuinte alega cerceamento de defesa em relação aos valores de receita de venda, que no seu entendimento não foi analisado pela Receita Federal em nenhum momento da análise do presente processo. Os períodos alegados seriam os seguintes meses da competência de 2003: janeiro, fevereiro, março, abril e julho. No seu entendimento, houve erro de digitação por parte da Receita Federal.

Em análise minuciosa aos autos, percebe-se que a contribuinte apresentou os balancetes analíticos, quando elaborou a primeira impugnação administrativa e, inclusive, destacou as receitas de venda.

Da alegação trazida pela contribuinte, a DRJ/Curitiba entendeu o seguinte, extrai-se o trecho, *in verbis*:

Verifica-se, inclusive, que não há qualquer equívoco ou erro de digitação quanto aos valores da base de cálculo relativos aos períodos de apuração fevereiro a abril e julho de 2003, haja vista que, tanto para tais períodos quanto para os demais, foram considerados os valores contabilizados em “Resumo das Saídas” do Livro de Saídas.

Verifica-se que a Receita Federal considerou os valores, apresentados pela contribuinte durante o mandado de procedimento fiscal, que, por sua vez, foi extensivo, no resumo das saídas do livro de saídas.

Em consulta a precedentes deste Tribunal Administrativo, tem-se que:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. Não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal que lhe deu origem. NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. À luz do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, é defeso a este Colegiado afastar

lei vigente ao argumento de sua inconstitucionalidade. COFINS. MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO. A multa do lançamento de ofício de 75% tem amparo legal e deve ser exigida na falta ou insuficiência de recolhimento de tributo ou contribuição apurados em procedimento de ofício. A multa de mora só tem lugar enquanto existir espontaneidade. O princípio do não-confisco destina-se ao legislador da lei, ao intérprete cabe tão-somente aplicá-la. BASE DE CÁLCULO. O ICMS integra o valor da mercadoria e, por conseguinte, o faturamento da empresa, razão porque pode ser utilizado para a mensuração da base de cálculo da Cofins, na inexistência de escrita contábil adequada. ESCRITA FISCAL. A receita escriturada em livro Registro de Saídas e em livro Registro de Apuração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pode ser utilizada pelo Fisco como prova documental para a formação da base de cálculo da Cofins, em caso de inexistência de escrita comercial adequada. Recurso negado.

(Segundo Conselho de Contribuintes; 1ª Câmara; Turma Ordinária; Acórdão nº 20179372 do Processo 13603001496200342; Data: 28/06/2006; Grifo nosso)

RECEITA OMITIDA. APURAÇÃO COM BASE NOS LIVROS DE ICMS. Conquanto possível a determinação da receita com base nas informações colhidas através do Livro de Apuração do ICMS, há de se considerar que nem todas as saídas de mercadorias tributadas pelo imposto estadual correspondem a operações que gerem receita componente da base de cálculo da COFINS, improcedendo o lançamento quando comprovado que a base de cálculo eleita compreende valores não sujeitos à tributação. Recurso provido.

(Primeiro Conselho de Contribuinte; 3ª Câmara; Turma Ordinária; Acórdão nº 10323030 do Processo 10950003229200533; Data: 23/05/2007)

A contribuinte poderia ter seu direito assistido, se houvesse provado por meios idôneos, o que foi alegado por parte dela, contudo, o problema que se verifica nos autos é justamente que ela apresentou os livros de saída do ICMS, os balancetes analíticos, mas não provou o que não seria receita. Não houve por parte da contribuinte, por exemplo, preenchimento de declarações - DIPJ, DCTF, DACTON -. Nesse sentido, devem ser mantidos os valores lançados nos autos de infração.

2.2. Da decadência

Os autos de infração foram lavrados em **07 de novembro de 2008** e houve ciência em **12 de novembro de 2008**, sendo que a Recorrente alega que houve decadência nos períodos de **janeiro a outubro de 2003**. Tal argumento não merece prosperar, pois não houve preenchimento de declarações - DIPJ, DCTF, DACTON -, tampouco pagamento antecipado, logo, o cálculo para o período decadencial não pode ser calculado pela regra do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, pois não houve o chamado autolancamento. Assim, a regra a ser aplicada deve ser regida pelo art. 173, I, do CTN.

No mesmo sentido, decidiu a DRJ/Curitiba, no segundo acórdão, do qual se destaca.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por SARAH MARIA LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA, Assinado di

gitalmente em 07/04/2016 por RICARDO PAULO ROSA, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por SARAH MARIA

LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA

Impresso em 08/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, não havendo indicação de pagamento no período, ainda que parcial, não se aplica o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, já que é o pagamento antecipado pelo obrigado que extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento, como estabelecido pelo § 1º desse mesmo dispositivo. Nessa situação, justifica-se a utilização da regra do art. 173, inciso I, do mesmo Código, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Aliás, esse é o entendimento contido no Parecer PGFN/CAT nº 1617, de 1º de agosto de 2008, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao analisar a Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Em se tratando, portanto, de lançamento ofício de crédito relativo aos períodos de apuração iniciados em janeiro de 2003, o termo inicial de contagem do prazo decadencial se deu em 1º/01/2004, não havendo, por conseguinte, que se falar em decadência do lançamento cuja ciência se deu em 12/11/2008 (fl. 108).

Também é o entendimento da mais abalizada doutrina, vide EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI:

Regra da decadência do direito de lançar sem pagamento antecipado

Esta regra apresenta na sua hipótese a seguinte combinação dos três primeiros critérios: previsão de pagamento antecipado, mas não ocorrência do pagamento antecipado, não ocorrência de dolo, fraude ou simulação, e não ocorrência da notificação por parte do Fisco.

*Nessa configuração, o prazo decadencial é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que tenha ocorrido o evento tributário (Art. 173, I, do CTN). (grifos nossos) (DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 168)*

Logo, em conformidade, com o art. 173, I, do CTN, o termo inicial para a contagem é o **dia 01º de janeiro de 2004**, sendo que os valores alegados não foram atingidos pelo instituto da decadência, o que ocorreria apenas no ano de 2009.

3. No mérito

3.1. Da sujeição passiva solidária

O contribuinte alega que não pode haver a sua sujeição passiva solidária, pois a lei e a jurisprudência entendem que isso somente ocorre quando há violação à lei ou ao contrato social. Além disso, colaciona diversos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando que a falta de pagamento de tributo não enseja a responsabilidade do sócio.

O cerne da questão não reside na falta de pagamento de tributo, mas sim no fato de a empresa ter encerrado suas atividades de modo irregular, veja-se relato da própria contribuinte, fls. 42 do autos:

A INDÚSTRIA E PECUÁRIA SÃO JOSÉ LTDA., iniciou suas operações mercantis em 2003, tendo faturamento até o início de 2007 quando foi desativada pelos problemas financeiros decorrentes da atividade.

Nesse período, declarou e pagou normalmente todas as obrigações com o ICMS, tanto que em abril de 2007, foi protocolada a solicitação de baixa da inscrição estadual.

E, em fls. 56 dos autos, quando relata, trecho *in verbis*:

Durante o período de funcionamento desta empresa o ramo de comercialização de carnes e derivados passou por grande turbulência, causando problemas de margem operacional, inadimplência e dificuldades financeiras, o que nos levaram a paralisar atividade antes de nos tornarmos insolventes por possíveis passivos vindouros.

Assim, diante da irregularidade na paralisação das atividades da empresa, caracteriza-se infração à lei e, portanto, a existência de responsabilidade, no caso, por parte do sócio-gerente. O Superior Tribunal de Justiça é pacífico, quanto ao redirecionamento de execução fiscal no caso de encerramento irregular das atividades de uma empresa por caracterizar comportamento antijurídico e infração à lei, veja-se precedente colacionado:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO-GERENTE NO PÓLO PASSIVO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - MUDANÇA DE DOMICÍLIO FISCAL SEM COMUNICAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE REGISTRO EM JUNTA COMERCIAL - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - AGRAVO REGIMENTAL - ALEGAÇÃO DE REEXAME PROBATÓRIO - VALORAÇÃO DOS FATOS.

1. O mero inadimplemento do tributo não é causa de responsabilização tributária do terceiro para imputar-lhe a obrigação tributária por transferência.

2. A infração à lei, hipótese que autoriza a transferência da responsabilidade tributária, deve ser compreendida como o comportamento antijurídico do empresário e deve ser aferida em cada caso.

3. Há inúmeros precedentes desta Corte que consideram a dissolução irregular da pessoa jurídica como hipótese de infração à lei e, por conseguinte, causa suficiente para o redirecionamento da execução fiscal.

4. Trazendo o acórdão em seu corpo a descrição dos elementos de fato, a análise (valoração) da suficiência destes para a configuração ou não da responsabilidade tributária não implica no reexame do acervo probatório. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por SARAH MARIA LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA, Assinado digitalmente em 07/04/2016 por RICARDO PAULO ROSA, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por SARAH MARIA LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA

Impresso em 08/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(STJ; AgRg no REsp 1060594 / SC AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0115676-6; Relatora Ministra Denise Arruda; Primeira Turma; Data do julgamento: 02.04.2009) (grifos não constam no original)

O mesmo entendimento partilha este tribunal administrativo, veja-se precedente abaixo:

NULIDADE DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL- Comprovado que a fiscalização cumpriu todos os requisitos legais pertinentes ao MPF, não tendo o contribuinte demonstrado nenhuma irregularidade capaz de invalidar o lançamento, não prospera a arguição de nulidade do procedimento NULIDADE- CERCEAMENTO DE DEFESA- Os procedimentos de fiscalização e lançamento não estão regidos pelo princípio do contraditório, prevalecendo o princípio da inquisitorialidade. A fiscalização tem o dever de ofício de verificar o correto cumprimento das obrigações pelo sujeito passivo, dispondo de amplos poderes de investigação, podendo se utilizar, além dos elementos obtidos junto ao investigado, de elementos de que disponha na repartição ou obtidos junto a terceiros. DECADÊNCIA - Nos casos de evidente intuito de fraude, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. RESPONSABILIDADE PESSOAL- São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. A dissolução irregular da empresa acarreta a responsabilidade pessoal de que trata o art. 135 do CTN. Responsabilidade solidária - Respondem pelo crédito tributário os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertados por terceiras pessoas ("laranjas") que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual tinham ampla procuração para gerir seus negócios e suas contas-correntes bancárias. INCONSTITUCIONALIDADE- O Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária MULTA QUALIFICADA - Caracterizado o evidente intuito de fraude que autoriza o lançamento de multa qualificada, como previsto no inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, impõe-se a manutenção da multa qualificada. MULTA MAJORADA - Não configurada a hipótese de falta de atendimento a intimação para prestação de esclarecimentos, não prospera a majoração da multa de ofício.

(Primeiro Conselho de Contribuintes; 1ª Câmara; Turma Ordinária; Acórdão nº 10196146 do Processo 13603002862200381; Data: 23/05/2007) (grifos não constam no original)

Pelo exposto, não há como não configurar a responsabilidade solidária, com previsão no art. 124 e 135, ambos dos CTN.

3.2. Princípio da não-cumulatividade

A Recorrente alega que para calcular a contribuição ao PIS não-cumulativo e à COFINS não-cumulativa, a fiscalização aplicou a alíquota de 1,65% e 7,6% respectivamente sobre a totalidade das receitas, sem deduzir as devoluções de venda e não houve desconto de compras de entradas.

Um fato a ser destacado no que toca a tal ponto, é que a Recorrente, em fls. 65 dos autos, declara que não apresentou DIPJ, DCTF e DACON para os anos de 2003, 2004, 2005 e 2006.

Ora, trata-se de lançamento de ofício, sendo que no curso do procedimento administrativo, a documentação apresentada não consubstanciou a real existência de créditos.

A DRJ/Curitiba assim entendeu:

Observa-se que a apuração do Fisco efetuada no âmbito de verificações obrigatórias que redundou na autuação, decorre dos valores informados pela própria contribuinte. Ora, se a contribuinte não apurou créditos que entendia possuir, não cabe ao órgão fiscal fazê-lo, pois essa apuração é facultativa. Saliente-se que tais créditos, inclusive, não foram registrados pela impugnante no DACON, que, conforme já mencionado, sequer foi apresentado.

(...)

Cabe registrar, ainda, que a comprovação de existência de tais créditos não seria admitida meramente por intermédio das planilhas que a empresa acostou à sua impugnação, mas, sim, a partir de documentos extraídos de sua escrituração contábil fiscal, os quais também não se juntou à peça impugnatória apresentada.

Foram apresentadas tão somente planilhas contábeis, sem uma documentação hábil, que pudesse comprovar os referidos créditos alegados. Um dos atributos do ato administrativo é a presunção de legitimidade e PAULO DE BARROS CARVALHO elucida:

*A presunção de legitimidade está presente em todos os atos praticados pela Administração e, certamente, também qualifica o lançamento. Dado a conhecer ao sujeito passivo será tido como autêntico e válido, até que se prove o contrário, operando em seu benefício a presunção juris tantum. Por mais absurda que se apresente a pretensão tributária nele contida, o ato se sustenta, esperando que outra decisão da própria autoridade ou de hierarquia superior o desconstitua, quer por iniciativa do sujeito passivo, quer por providência de ofício, nos sucessivos controles de legalidade a que os atos administrativos estão subordinados.(grifos nossos) (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**.24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 485)*

Nesse sentido, não cabe discorrer sobre a violação ao princípio da não-cumulatividade, tendo em vista que a contribuinte não apresentou documentação hábil para

desconstituir o lançamento de ofício, somente declarações contábeis sem qualquer meio de prova que tornassem idôneos os créditos pretendidos. Por tal motivação, não merece prosperar a alegação da Recorrente em solicitar a aplicação do princípio da não-cumulatividade na aplicação dos créditos. Por fim, a tal Conselho não compete apreciar questões de constitucionalidades sob pena de usurpação de competência e há inclusive súmula nesse sentido, vide súmula CARF nº 2: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

3.3. Da taxa SELIC

A Recorrente alega que foram aplicados juros moratórios calculados sobre o valor originário, mediante a aplicação da taxa SELIC e que tal fato não poderia ocorrer, pois ela não se presta a ser índice no cálculo dos juros moratórios, sendo sua natureza de juros remuneratórios.

O Código Tributário Nacional versa sobre a aplicação dos juros de mora:

Código Tributário Nacional

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

A legislação deixa claro que, caso não haja legislação sobre o percentual dos juros de mora, será aplicada a taxa de um por cento ao mês. Diante de tal determinação, a legislação infraconstitucional, determina no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, que:

Lei nº 9.430/1996

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Realiza-se uma remissão, então, ao art. 5º, § 3º, da Lei 9.430/1996:

Art. 5º. (...)

(...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais,

acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Assim, observa-se a existência de legislação infraconstitucional que dispõe sobre o índice a ser aplicado em caso de impontualidade no pagamento, recaindo em juros moratórios. A Recorrente alega, no que concerne ao assunto em baila, o tema da inconstitucionalidade, contudo, tal Conselho Administrativo está adstrito ao âmbito do princípio da estrita legalidade, não podendo adentrar em temas constitucionais, conforme já exposto anteriormente.

3.4. Da multa moratória

A Recorrente alega que há inaplicabilidade na multa imposta de 75% sobre o valor do tributo supostamente devido, alegando manifesta inconstitucionalidade e violação ao princípio do não confisco e pleiteia que ela não ultrapasse 20% do valor do tributo exigido.

Tal argumentação não merece prosperar, a legislação é clara, quanto preceitua no artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, que:

Lei nº 9.430/1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A situação amolda-se, perfeitamente, ao caso, no qual não houve o pagamento de tributos, como também não houve apresentação das declarações devidas, quais sejam, DIPJ, DCTF e DACON. Desta forma, deve ser mantida a multa aplicada no auto de infração.

4. Conclusão

Diante do exposto e fundamentado, voto por conhecer de ambos os recursos voluntários, mas por não conceder provimento integralmente a ambos, mantendo-se o auto de infração em relação à contribuição ao PIS e à COFINS, assim como, reconhecer a atribuição de responsabilidade solidária ao sr. Ângelo Setim Neto.

Sarah Maria Linhares de Araújo