ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.720171/2010-04

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

Processo nº	10980.720171/2010-04
Recurso nº	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**3401-005.925 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	25 de fevereiro de 2019
Matéria	AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS
Recorrentes	AROGAS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA..
	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/07/2007

BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro na apuração da base de cálculo da Cofins, consistente na inclusão no auto de infração de valores que não constam na escrituração da empresa, impõe-se o cancelamento das exigências respectivas.

Período apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. ALÍQUOTA.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REGIME CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

BASE DE CÁLCULO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro pela inclusão indevida na base de cálculo apurada no auto de infração do valor do ICMS cobrado pelo vendedor na condição de substituto tributário, retifica-se o lançamento de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. REGIME CUMULATIVO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, e em dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir a qualificação da multa de ofício, retornando-a ao patamar de 75%, e para afastar do polo passivo Laércio Barbosa Neto e Adriano Barbosa, por inexistir comprovação de excesso de poderes.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan - Presidente

(assinado digitalmente)

Tiago Guerra Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Lazaro Antônio Souza Soares, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Rodolfo Tsuboi, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco e Rosaldo Trevisan (Presidente).

Relatório

Trata de Recurso Voluntário contra decisão da 3 ª Turma da DRJ/CTA, que considerou insubsistente em parte as impugnações apresentadas contra autos de infração lavrados para a exigência de PIS e COFINS relativos ao período compreendido entre 2007 e 2010.

Do Lançamento

Foram lavrados autos de infração, reunidos no presente processo administrativo, para a exigência de PIS e Cofins em razão de suposto recolhimento a menor sobre a venda de álcool hidratado, por conta de divergências reiteradamente encontradas entre os valores declarados e escriturados e os constantes nas notas fiscais de saída de mercadorias.

Por conta dessa conduta, o Termo de Verificação (fls. 3855/3867) considerou a existência de fraude, o que implicaria o lançamento de multa qualificada. Todavia, os valores constantes nos respectivos autos de infração refletiam a aplicação do percentual ordinário de multa de 75%; diante disso, houve complementação do lançamento, conforme fls. 4153/4161 e 4162/4171, nos termos justificados no TFV de fls. 4174/4179.

Adicionalmente, foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls.3647/3725, 3726/3758 e 3759/3854), indicando como responsáveis solidários do crédito tributário lançado, sem prejuízo da responsabilidade da pessoa jurídica devedora, as pessoas físicas de Laércio Barbosa Neto (sócio administrador), Adriano Barbosa (gerente comercial) e Ricardo Antônio Berto (ex-sócio), em razão de terem supostamente agido "com excesso de poderes":

> Os administradores da empresa (LAERCIO BARBOSA NETO, ADRIANO BARBOSA, RICARDO ANTONIO BERTO), todos já qualificados, assumiram a responsabilidade pelo estado pré-falimentar em que a mesma se encontra, ao continuarem operando sem o recolhimento regular e oportuno dos impostos devidos, agindo desta forma com excesso de poderes, e acumulando um passivo fiscal visivelmente impagável diante do patrimônio e do caixa da empresa. Mas não é a saúde patrimonial da empresa que faz dos administradores solidários, e sim o excesso de poderes na sua condução.
>
> O posicionamento é pacifico e dominante no STJ na tese de que o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. ...." (STJ. AGREsp 346109/SC. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/03/02. DJ de 04/08/03, p. 258.
>
> Entretanto observamos que restou configurado excesso de poderes na administração, e que tais condutas lavam ao cometimento de abusos e infrações, e consequentemente, a inadimplência das obrigações tributarias.
>
> A má gestão, ou como preferem outros doutrinadores, a gestão temerária (e nisso verificamos o excesso de poderes) fica evidente quando a própria empresa

(seus administradores) admite que não envia todos os documentos para serem contabilizados (gerência temerária).

Das Impugnações

A Recorrente e os responsáveis solidários apresentaram impugnações argumentando o seguinte:

Da Empresa AROGAS

- Alega que o processo administrativo deve ser suspenso até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal à respeito da exclusão da base de cálculo da Cofins e do PIS do ICMS, por não integrar a receita bruta da empresa.

- Alega violação do contraditório e cerceamento de defesa, destacando: que todos os documentos e informações foram fornecidos à autoridade fiscal não justificando, por isso, a quebra de seu sigilo bancário; que nem todos os documentos utilizados pela autoridade fiscal foram a ela disponibilizados ou devolvidos, como consta no relatório fiscal, como relatórios das fazendas estaduais e dos bancos; que não há remissão das páginas dos livros Razão e Diário de onde foi retirada a base de cálculo das contribuições; que não apresentou os papéis que utilizou para o início da ação fiscal, inclusive a requisição do Ministério Público; e que não apresentou o relatório de notas fiscais de álcool hidratado dos meses de agosto/2007 a setembro/2008, deixando dúvidas se foram utilizados os valores lançados nos livros ou os extratos bancários. Finaliza que recebeu apenas 72 folhas como resultado do auto de infração. Contesta a quebra de seu sigilo bancário, pois se os extratos fornecidos não atendiam as exigências fiscal, deveria ter ele exigido detalhadamente o que pretendia e não quebrar o seu sigilo fiscal, sem observar a necessidade de ordem judicial. Suscita a nulidade do lançamento por ausência de indicação dos dispositivos legais que fundamentaram a exigência, pois em nenhum momento há citação da lei ou quando o faz, não especifica o artigo que valide a sua atitude ou exigência fiscal.

- Referindo-se à impossibilidade da tributação com base em depósitos bancários, diz que a exigência para os meses de janeiro a julho de 2007 se fez com base nos extratos bancários e de agosto/2007 a setembro/2008 o fez com base nos lançamentos na conta de venda de mercadorias constantes do livro razão. Dessa forma, salienta, houve dois critérios para apuração do valor lançado e isso está em desconformidade com a legislação de regência, mesmo porque não houve a descaracterização dos registros contábeis da empresa. Lembra que no mês de janeiro/2008 a soma das notas fiscais, constantes às fls.

354 a 504 do livro razão nº 7, foi de R$ 6.101.712,75, mesmo valor utilizado pela autoridade para justificar a sua base de cálculo. Assevera que a exigência com base nos depósitos bancários torna-se inviável, pois as atividades financeiras da empresa não ensejaram, tampouco tiveram como origem a venda de mercadorias ou atividades que justificasse a incidência do PIS e da Cofins, não representando, dessa forma, sinais exteriores de riqueza, disponibilidade econômica de renda ou acréscimo patrimonial. Cita a respeito doutrina e jurisprudência, mencionando o Decreto-lei nº 2.471/1988 que impossibilita expressamente a exigência do imposto de renda com base em depósitos bancários e a Súmula 182/TRF que considera ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado apenas com base em extratos bancários.

- Pondera pela exclusão na base de cálculo do ICMS próprio e por substituição tributária, nos termos de entendimento da própria Receita Federal e de decisões proferias pelo Supremo Tribunal Federal.

- Contesta ainda os valores trazidos no auto de infração, argumentando que foram erroneamente coletados do livro Razão e na composição da base de cálculo não se considerou as deduções e a não-cumulatividade prevista em lei. Menciona que para o vencimento de maio/2008 apurou-se R$ 9.716.042,05, enquanto as notas fiscais de saídas somam R$ 8.989.380,25. Diz que foi equivocadamente utilizada como data inicial do vencimento o próprio mês de competência, para todos os meses, e para o mês de outubro/2008 não poderia ter valores. Para o mês de fevereiro/2008, ressalta, constou no auto de infração o vencimento em 20/02/2008, antes mesmo de completar o próprio mês de sua competência.

- Esclarece que todos os documentos fiscais foram devidamente escriturados e ao contrário da informação prestada, no mês de janeiro/2007, todas as operações financeiras foram contabilizadas. Complementa que os valores depositados foram decorrentes de integralização de capital, captação de recursos junto a entidades financeiras e terceiros, e estão devidamente registradas. Pondera que, objetivando a viabilidade da empresa, foram adquiridas compras antecipadas de mercadorias, mesmo porque não podia, entre os meses de janeiro a julho/2007, vender qualquer combustível, pois sequer inscrição estadual possuía para emissão de nota fiscal de saída ou, até mesmo, para que os seus fornecedores pudessem lhe emitir nota fiscal, o que demonstra, a seu ver, a inexistência de qualquer ilegalidade na origem dos recursos ou na sua aplicação.

- Quanto à multa de ofício, alega seu efeito confiscatório.

- Alega que não há previsão legal para aplicação da Selic.

Do responsável Laércio Barbosa Neto,

Afirma que a sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária é desprovida de legalidade e que o fato de ser sócio administrador da autuada, que supostamente deixou de pagar PIS/Cofins, cujo lançamento ainda se discute, não pode ser motivo suficiente para determinar que houve a má gerência da sociedade. Diz que todos os registros contábeis da empresa estão devidamente em ordem, as informações prestadas às fazendas públicas estão devidamente regulares e tampouco está havendo a supressão de pagamento de tributos. Assim, a inclusão de sócios, diretores, gerentes ou até parentes no pólo passivo das obrigações tributárias há de revestir-se de prova robusta de participação de eventuais ilicitudes, não existindo, a seu ver, no presente caso. Entende que para tal inclusão, além das provas irrefutáveis de má gestão, careceria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a identificar a gestão temerária de recursos, fraudes na escrituração fiscal, desvio de valores, fatos que sequer indícios foi levantado. Aduz que a sua inclusão constitui em desconsideração da personalidade jurídica, afrontando os normativos jurídicos vigentes e em total desconformidade com os princípios básicos da administração pública. Ao final, solicita sua exclusão do pólo passivo por absoluta ilegitimidade.

Do responsável Adriano Barbosa

Alega que sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária é desprovida de legalidade e que o fato de ser filho de Laércio Barbosa, sócio majoritário da empresa, em nada lhe imputa qualquer responsabilidade. Relata ser vendedor autônomo e por ser seu pai sócio proprietário da empresa, eventualmente o ajuda nessas atividades, porém sem qualquer poder de mando, gerência ou subordinação. Diz que a validade dessas afirmações está justamente na contabilização de despensas, que eventualmente ocorre por exercer atividades exclusivamente a mando de seu pai, que são da empresa, afirmando ser justo ao filho ser reembolsado das despesas por ajudar, eventualmente, seu pai na empresa. Diz que a contabilização e a apresentação dessas transferências são provas da validade e veracidade das informações, pois se fosse sócio oculto não teria motivos para contabilizar tais despesas.

Acrescenta que a inclusão de sócios, diretores, gerentes ou até parentes no pólo passivo das obrigações tributárias há de revestir-se de prova robusta de participação de eventuais ilicitudes, não existindo, a seu ver, no presente caso; havendo, sim, a devida contabilização de valores repassados por ter pago despesas de serviços que realizou para a empresa de seu pai. Entende que para tal inclusão, além das provas irrefutáveis de má gestão, careceria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a identificar a gestão temerária de recursos, fraudes na escrituração fiscal, desvio de valores, fatos que sequer indícios foi levantado. Pondera que não há nos autos qualquer concorrência, benefício ou solidariedade com o objeto da infração e que o eventual pedido para carregamento de caminhão na usina de álcool não implica responsabilidade pelo suposto não recolhimento de PIS/Cofins. Aduz que a sua inclusão constitui em desconsideração da personalidade jurídica, afrontando os normativos jurídicos vigentes e em total desconformidade com os princípios básicos da administração pública. Ao final, solicita sua exclusão do pólo passivo por absoluta ilegitimidade.

Do responsável Ricardo Antônio Berto

Alega que a sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária é desprovida de legalidade e que o fato de ser sócio de Laércio Barbosa, sócio majoritário da empresa, em nada lhe imputa qualquer responsabilidade. Relata que presta serviços para a Arogás e recebe por esses serviços, inclusive emitindo RPA, devidamente contabilizado e com os impostos recolhidos, o que não lhe imputa responsabilidade pelos atos gerenciais da empresa, pois jamais teve poder de mando, subordinação ou gerência. Diz que a validade dessas afirmações está justamente na contabilização e apresentação do RPA e é justo que receba pelos serviços que presta a Arogás. Acrescenta que a inclusão de sócios, diretores, gerentes ou até parentes no pólo passivo das obrigações tributárias há de revestir-se de prova robusta de participação de eventuais ilicitudes, não existindo, a seu ver, no presente caso; havendo, sim, a devida contabilização de valores repassados em RPA. Entende que para tal inclusão, além das provas irrefutáveis de má gestão, careceria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a identificar a gestão temerária de recursos, fraudes na escrituração fiscal, desvio de valores, fatos que sequer indícios foi levantado. Pondera que não há nos autos qualquer concorrência, benefício ou solidariedade com o objeto da infração e que a assessoria financeira não implica responsabilidade pelo suposto não recolhimento de PIS/Cofins. Aduz que a sua inclusão constitui em desconsideração da personalidade jurídica, afrontando os normativos jurídicos vigentes e em total desconformidade com os princípios básicos da administração pública. Ao final, solicita sua exclusão do pólo passivo por absoluta ilegitimidade.

Em 08/07/2010, foi apresentada pela pessoa jurídica interessada as impugnações de fls. 4184/4197 e 4198/4211, relativas aos Autos de Infração Complementares da diferença de multa de ofício de PIS e Cofins, respectivamente, ratificando a defesa já apresentada em todos os seus termos e argumentando que a alegação de que os valores informados em DCTF divergem dos valores efetivamente apurados pela autoridade fiscal, não constitui motivo suficiente para o agravamento da multa, mesmo porque referida divergência decorreu de inconsistência nos levantamentos efetuados pelo auditor e não de informação da empresa. Acredita que o agravamento somente seria possível na imprestabilidade da contabilidade ou na omissão de informações. Discorre sobre a multa moratória e a multa punitiva, o princípio da capacidade contributiva e da vedação do confisco e a aplicação da equidade para exclusão de multas vultosas.

Da Diligência antes da decisão da DRJ

O processo retornou à unidade de origem para que houvesse a comprovação de que nos valores lançados pela fiscalização não decorreram da inclusão, nas bases de cálculo das contribuições, do montante de ICMS-ST destacado pelo contribuinte nas notas fiscais de venda . A unidade concluiu que, de fato, o lançamento erroneamente incluiu tais rubricas, nos termos abaixo:

Diante do exposto acima e nos termos do art.18 do Decreto 70.235 de 06 março de 1972 e alterações posteriores, esta fiscalização concluí-se declarando-se pela exclusão da base de cálculo o ICMS-Substituição Tributária, considerados indevidamente quando do lançamento de oficio dos créditos tributários tratados no presente processo, conforme demonstrativo denominado Nova Base de Cálculo já excluindo também a nota fiscal de devolução da filial de Goiás e o ICMS-Substituição Tributária de todas os estabelecimentos do contribuinte. E mais: fica o sujeito passivo INTIMADO a manifestar-se no processo, se desejar, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento deste TERMO.

Da Decisão de Primeiro Grau

Foi proferido o Acórdão nº 0635.047, pela 3ª Turma, da DRJ/CTA, dando parcial provimento às razões da Recorrente AROGAS nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

NULIDADE. ATOS E TERMOS PROCESSUAIS.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com cerceamento do direito de defesa

PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Indefere-se o pedido de perícia cuja realização revela-se prescindível para o deslinde da questão.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM COM A SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

DESNECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A Administração Tributária não precisa desconsiderar a personalidade jurídica para efeito de responsabilização solidária tributária de pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/07/2007

BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro na apuração da base de cálculo da Cofins, consistente na inclusão no auto de infração de valores que não constam na escrituração da empresa, impõe-se o cancelamento das exigências respectivas.

Período apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. ALÍQUOTA.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REGIME CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

BASE DE CÁLCULO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro pela inclusão indevida na base de cálculo apurada no auto de infração do valor do ICMS cobrado pelo vendedor na condição de substituto tributário, retifica-se o lançamento de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. DESCABIMENTO.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório refere-se a tributo, e não a multa, e se dirige ao legislador, e não ao aplicador da lei.

MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÃO FALSA.

Configura-se a hipótese de sonegação, passível da qualificação da multa, a prestação reiterada de informação falsa quantos ao valores da contribuição e da sua base de cálculo, declarando ao Fisco débito muito inferior ao efetivamente devido.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE.

Cobram-se juros de mora por percentual equivalente à taxa Selic por expressa previsão legal, não detendo as autoridades administrativas competência para se pronunciar sobre ilegalidade/inconstitucionalidade da legislação tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO NA APURAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Cancela-se a exigência, quando constatada a existência de erro de fato, pela inclusão indevida na base de cálculo da contribuição de receita de venda de álcool hidratado, cuja alíquota foi reduzida a 0% (zero por cento).

Período apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007, 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/10/2008

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO. REGIME CUMULATIVO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE.

Encontrando-se a receita auferida com a venda de álcool para fins carburantes no regime cumulativo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, impossibilita o aproveitamento de crédito sobre quaisquer custos, despesas e encargos vinculados a essa receita.

BASE DE CÁLCULO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE FATO. CORREÇÃO DE OFÍCIO.

Constatada a existência de erro pela inclusão indevida na base de cálculo apurada no auto de infração do valor do ICMS cobrado pelo vendedor na condição de substituto tributário, retifica-se o lançamento de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. DESCABIMENTO.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório refere-se a tributo, e não a multa, e se dirige ao legislador, e não ao aplicador da lei.

MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÃO FALSA.

Configura-se a hipótese de sonegação, passível da qualificação da multa, a prestação reiterada de informação falsa quantos ao valores da contribuição e da sua base de cálculo, declarando ao Fisco débito muito inferior ao efetivamente devido.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE.

Cobram-se juros de mora por percentual equivalente à taxa Selic por expressa previsão legal, não detendo as autoridades administrativas competência para se pronunciar sobre ilegalidade/inconstitucionalidade da legislação tributária.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Do Recurso de Ofício

Tendo em vista que a reforma do lançamento promovida na decisão recorrida ultrapassou o limite de alçada, conforme tabela abaixo, tal desoneração deve ser reavaliada como Recurso de Ofício:

PIS	**R$ 495.496,11**
COFINS	**R$ 2.514.546,75**
TOTAL PRINCIPAL	**R$ 3.010.042,86**
MULTA 150%	**R$ 4.515.064,29**
TOTAL DESONERADO	**R$ 7.525.107,15**

Dos Recursos Voluntários

Irresignados, o contribuinte AROGAS, e os responsáveis solidários Adriano Barbosa e Laércio Barbosa Neto apresentaram Recurso, reprisando as razões apresentadas na Impugnação. O responsável solidário Ricardo Antônio Berto não apresentou recurso.

Da Resolução 3401-000.891

Em 25.02.2015, essa Turma, com diferente composição, resolveu converter o julgamento em diligência a fim de se verificar sobre quais elementos de prova se fundou a assertiva de que o contribuinte teria reiteradamente omitido informações, com o objetivo final de se averiguar a adequação do agravamento da multa de ofício:

> Desse modo, a caracterização de qualquer das circunstâncias qualificativas previstas na lei 4.502, como exige o art. 44 da Lei 9.430 para aumentar o percentual da multa de 75% para 150%, requer, a meu sentir, que mais informações venham aos autos.
>
> É o meu voto, assim, por converter o julgamento em diligência em cumprimento da qual a unidade preparadora faça juntar:
>
> a) cópias do razão das contas de receitas que compuseram a base de cálculo elaborada pela fiscalização; b) cópias das fichas da DIPJ em que constem as receitas acima, bem como as demonstrativas das bases de cálculo de cada contribuição conforme declaradas pela empresa à RFB; c) cópias das contas do razão relativas às contribuições "a recolher", que demonstram o quanto o contribuinte reconheceu como devido em sua contabilidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tiago Guerra Machado - Relator

Da Admissibilidade

Os Recursos Voluntários são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade; de modo que tomo seu conhecimento. Do mesmo modo, deve ser conhecido o Recurso de Ofício, por ultrapassar o atual limite de alçada.

Do Recurso de Ofício

Verifica-se que o montante desonerado na decisão de primeiro grau decorreu do fato de o lançamento haver incluído valores referentes ao ICMS-ST cobrado pela contribuinte como substituta tributária, em expressa dissonância à previsão legal que permite sua exclusão na base das contribuições sociais, nos termos assinalados na diligência executada antes daquele acórdão. Outra parcela relevante foi anulada porque o auditor fiscal que lavrou o auto de infração desconsiderou que a receita de venda de álcool, à época dos fatos, era tributada a alíquota zero.

Ora, entendo que esses equívocos tenham sido suficientemente tratados na decisão recorrida, mesmo porque a reforma do lançamento se deu em virtude de clara violação ao texto normativo vigente, de modo que se deve manter a decisão recorrida nesse particular.

Da Preliminar de Nulidade (RV Arogas)

Não assiste razão à Recorrente concernente a sua afirmativa de que teria havido cerceamento de defesa quando do auto de infração sem ter lhe oportunizado, antes, a possibilidade de rebater as dúvidas levantadas pela fiscalização.

Ora, o rito previsto no Decreto Federal 70.235/1972 viabiliza a réplica do contribuinte justamente via apresentação da Manifestação de Inconformidade, possibilidade que não foi negada ou restringida de nenhuma forma pela administração pública.

A segunda justificativa para alegação de prejuízo à sua defesa decorre do seu entendimento que o auto de infração não fora devidamente fundamentado. Igualmente, não encontra abrigo essa assertiva, uma vez que, pela análise dos autos, não houve carência de justificação por parte da fiscalização; se a motivação vier a ser insuficiente para o não reconhecimento do crédito, não é caso para admitir a nulidade, mas sim de provimento quando da análise mérito do recurso – o que será analisado a posteriori.

Por fim, ressalto que os vícios que podem ensejar a nulidade do lançamento são aqueles previstos no artigo 59, do Decreto 70.235/1972. Não identifico no presente processo, quaisquer das hipóteses ali encontradas, razão pela qual afasto as preliminares suscitadas pela Recorrente.

Do Mérito

(a) Recurso Voluntário da AROGAS

(a.1) Sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS

A Recorrente alega genericamente que o ICMS próprio não pode ser incluído na base de cálculo das contribuições sociais, contudo, não informa se possui ação judicial para enfrentar o tema perante a Fazenda Nacional. Por outro lado, o relatório fiscal de fls 3855 e seguintes nada dispõe especificamente sobre esse tema, bem como a diferença substancial entre os valores contabilizados e os valores declarados ao Fisco não poderiam decorrer da mera exclusão do imposto estadual da base imponível das contribuições.

Desse modo, creio que esse argumento trazido no Recurso Voluntário é estranho às razões que levaram ao lançamento de ofício, e, por isso, nem deve ser conhecido – o que nos leva a entender que não é o caso de se sobrestar o processo até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste definitivamente sobre essa tese, que ainda aguarda julgamento de Embargos de Declaração do acórdão firmado sob repercussão geral.

(a.2) Sobre o uso de extratos bancários para apurar a base de cálculo

A Recorrente protesta quanto ao uso de informações bancárias para apurar o PIS supostamente devido, citando legislação e jurisprudência atinentes ao Imposto de Renda, e afirma que, em função desse vício, o lançamento deve ser cancelado.

Ora, se o auditor-fiscal entender que a contabilidade e as declarações enviadas pelo contribuinte não parece representar com fidelidade as operações realizadas, ele está apto a obter outros meios de prova para alcançar a verdade material. Por outro lado, a Recorrente não busca apresentar outros elementos de prova que permitam desconstituir a versão dos fatos construída a partir deles pela Fazenda Nacional.

Diante disso, não merece reforma a parcela do tributo devido mantida pela decisão ora recorrida.

(a.3) Sobre o agravamento da multa de ofício e seu caráter confiscatório

Alega a Recorrente que o lançamento de multa de ofício no percentual de 150% não foi devidamente fundamentado, bem como seja qual for o percentual – 75% ou 150% - tal montante é indevido por ter caráter confiscatório, o que violaria o texto constitucional.

Creio que , com relação ao primeiro ponto, assiste razão à Recorrente.

O Termo de Verificação Fiscal, as fls 3865, apenas cita o artigo 44, da Lei Federal 9.430/1996, sem explicitar as razões pelas quais a conduta da recorrente estaria enquadrada em alguma das hipóteses previstas nos artigos 71 a 73, da Lei Federal 4502/1964.

Em verdade, o único argumento trazido pela fiscalização é que a Recorrente estaria em estado pré-falimentar e que isso indicaria o intuito de ludibriar o Fisco, deixando de oferecer parte de suas receitas à tributação das contribuições para "fazer caixa". Ora, conforme visto acima, parte relevante do lançamento foi afastado porque, de fato, algumas rubricas não eram sujeitas às contribuições, de modo que não há como emoldurar o cenário fático às hipóteses de fraude, conluio e sonegação unicamente em função da situação financeira do contribuinte.

Dessa maneira, em vista da carência probatória por parte do Fisco, deve-se afastar o agravamento da multa de ofício.

De outro lado, entretanto, não é possível afastar a aplicação do artigo 44, da Lei Federal 9.430/1996, através de justificativa pautada em sua inconstitucionalidade, dado que o CARF não é competente para tanto, nos termos da Súmula CARF 2.

(a.4) Sobre a aplicação dos juros Selic

Quanto a esse item do Recurso, valho-me da transcrição da Súmula CARF:

> **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.

(b) Recursos Voluntários dos Responsáveis Solidários

O lançamento impugnado entendeu que a conduta da Recorrente decorreu de excesso de poderes por parte dos administradores:

> Os administradores da empresa (LAERCIO BARBOSA NETO, ADRIANO BARBOSA, RICARDO ANTONIO BERTO), todos já qualificados, assumiram a responsabilidade pelo estado pré-falimentar em que a mesma se encontra, ao continuarem operando sem o recolhimento regular e oportuno dos impostos devidos, agindo desta forma com excesso de poderes (...)

Contudo, mais uma vez, não houve esclarecimento de que condutas seriam essas e quais seriam as provas de que elas teriam havido, de maneira que o auditor fiscal se utilizou de indícios meramente circunstanciais para satisfazer o enquadramento previsto no artigo 135, do CTN.

Diante desse lapso probatório, não há como manter os termos de responsabilidade solidária para os recorrentes Laercio Barbosa Neto e Adriano Barbosa.

Por todo o exposto, conheço dos Recursos, e: (i) nego provimento ao Recurso de Ofício; (ii) dou parcial provimento ao Recurso apresentado pela contribuinte para afastar a

qualificação da multa de ofício; e (iii) dou provimento aos recursos de Laércio Barbosa Neto e Adriano Barbosa, para afastá-los do pólo passivo, por inexistir comprovação de excesso de poderes.

(assinado digitalmente)

Tiago Guerra Machado