



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

Processo nº 11020.720162/2012-98
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-000.946 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de outubro de 2013
Matéria Auto de infração – PIS e Cofins
Recorrente MONTECARLO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS
TRIBUTÁRIOS. NÃO APRECIÇÃO. NULIDADE.

Os responsáveis tributários têm o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo tributário, devendo suas razões de defesa ser analisadas pelas instâncias julgadoras (incidência da Súmula CARF nº 71). A não apreciação das impugnações pela DRJ implica nulidade do acórdão proferido.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar suscitada de ofício pelo Relator para declarar a nulidade do acórdão de primeira instância.

(assinado digitalmente)
Aloysio José Percínio da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro, Marcos Shigueo Takata, André Mendes de Moura, Fábio Nieves Barreira, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

Trata-se de autos de infração de PIS e Cofins, relativos aos anos-calendário 2007 a 2010, (fls.3.679/3.718), no valor original de R\$ 873.027,04 (oitocentos e setenta e três mil, vinte e sete reais e quatro centavos), sobre o qual incidem multa de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros de mora.

A ciência do contribuinte efetivou-se em 26/1/12 (fl.3.751).

No campo “*Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal*”, as infrações foram assim descritas, *in verbis*:

“001 – INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA PADRÃO. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

Valor apurado conforme relatório fiscal em anexo.

.....

002 – GLOSA DE CRÉDITOS. CRÉDITO DE AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNO CONSTITUÍDO INDEVIDAMENTE. O sujeito passivo, acima identificado, constituiu os créditos do regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep, relacionados nos demonstrativos anexos, em desacordo com os preceitos legais.

.....

001 – INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA PADRÃO. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS.

Valor apurado conforme relatório fiscal em anexo.

.....

002 – GLOSA DE CRÉDITOS. CRÉDITO DE AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNO CONSTITUÍDO INDEVIDAMENTE. O sujeito passivo, acima identificado, constituiu os créditos do regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep [sic], relacionados nos demonstrativos anexos, e no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante deste auto, em desacordo com os preceitos legais.”

Por sua vez, no “*Relatório Fiscal*” (fls.3.719/3.731) consta, em síntese:

- da análise das notas fiscais de entradas e de saídas, constatou-se que no período de 01/2007 a 11/2008 não constaram valores de PIS/Cofins;
- após várias intimações e apreciação da documentação disponibilizada pelo contribuinte, concluiu-se haver evidências suficientes para se afirmar que determinada Sociedade em Conta de Participação (SCP), constituída com a Polyaromas Preparados e Extratos Ltda (sócio ostensivo), tratava-se de um simulado ajuste entre as sócias “...com o propósito de planejamento tributário, conforme detalhado no Relatório de Auditoria Fiscal do processo

11020.003592/2010-80, que dado sua clareza e objetividade utilizamos para demonstrar tal operação”;

- o objeto social da SCP estaria dissociado da realidade, pois as vendas foram realizadas apenas para o contribuinte (sócio oculto);

- “...o fluxo da SCP assemelha-se a uma espécie de ‘preço de transferência’, onde duas pessoas ligadas, neste caso a SCP de um lado e de outro a fiscalizada, combinam um custo ficto para os produtos comprados, de forma a ‘fabricar’ créditos de PIS/COFINS para abater os débitos dessas contribuições”;

- “Pela simulação apresentada, verificamos que o meio utilizado para reduzir ou suprimir tributos dava-se mediante o aumento ficto dos custos dos insumos, via compras realizadas pela figura societária criada entre a fiscalizada e POLYAROMAS, desta forma aumentando os créditos de PIS/COFINS por aquisições que foram utilizadas para reduzir o valor dessas contribuições”;

- são responsáveis solidários, por responsabilidade pessoal (artigos 135, III, e 137 do Código Tributário Nacional), os seguintes sócios administradores: Luisinho Panizzon, CPF nº 227.570.230-04, Gelson Panizzon, CPF nº 227.575.380-04, e Gilmar Panizzon, CPF nº 291.465.420-00.

A qualificação da multa de ofício foi assim fundamentada, *in verbis*:

“72. Devido à constatação do conluio entre as empresas que constituíram uma SCP para, mediante fraude, reduzir ou suprimir tributos, enquadram-se as ações destes contribuintes nos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, para os fins penais e tributários consequentes, conduta minuciosamente descrita nos parágrafos 28 a 70 deste termo, os quais, para não sermos prolixos, deixamos de reproduzir neste tópico.

73. Portanto, nos termos do §1º do art.44 da Lei nº 9.430/96, o percentual da multa de ofício é duplicado, ou seja, 150%.”

Os responsáveis tributários foram cientificados em 30/1/12 (fls.3.755/3.756).

Os lançamentos foram mantidos pela Segunda Turma da DRJ – Porto Alegre (RS), conforme acórdão que recebeu a seguinte ementa (fls.3.903/3.918):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010

INSUMOS. SIMULAÇÃO. GLOSA. É procedente a glosa de insumos cuja inexistência foi comprovada em auditoria fiscal.

MULTA QUALIFICADA. Caracterizado o evidente intuito de fraude, em face de criação de empresa ficta, visando apenas a redução de tributo e a utilização indevida de insumos, deve ser aplicada a multa qualificada.

TAXA SELIC. LEGALIDADE. Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa SELIC por expressa previsão legal, sendo que os órgãos administrativos não podem se furtar de sua aplicação.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010**INSUMOS. SIMULAÇÃO. GLOSA. É procedente a glosa de insumos cuja inexistência foi comprovada em auditoria fiscal.**MULTA QUALIFICADA. Caracterizado o evidente intuito de fraude, em face de criação de empresa ficta, visando apenas a redução de tributo e a utilização indevida de insumos, deve ser aplicada a multa qualificada.**TAXA SELIC. LEGALIDADE. Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa SELIC por expressa previsão legal, sendo que os órgãos administrativos não podem se furtar de sua aplicação.*

Devidamente cientificado do acórdão em 27/4/12 (fl.3.924), o contribuinte interpôs tempestivamente, conforme atestado pela RFB (fl.3.962), o recurso voluntário de fls.3.925/3.960) em que sustenta, em síntese:

- a Sociedade em Conta de Participação (SCP) existiria fática e juridicamente, nos termos do respectivo contrato social, o que não foi contestado pela fiscalização;
- não se poderia negar a licitude das operações entre o contribuinte e a Polyaromas;
- na legislação civil e tributária inexistiria vedação “...no tocante à sócia participante adquirir serviços ou produtos vinculados à SCP”;
- a sócia ostensiva da SCP teria realizado operações também com outras pessoas, conforme previsão da cláusula 2ª, §3º, do contrato social;
- seriam incontroversos os seguintes fatos: existência da SCP; fabricação e venda de kits (concentrados de refrigerante) pela SCP à recorrente; e compra e uso dos kits pela recorrente como insumos capazes de possibilitar créditos de PIS/COFINS;
- caberia ao Fisco a prova cabal da simulação supostamente ocorrida para fins de redução de tributos, devendo prevalecer na análise a presunção de boa-fé do contribuinte;
- conforme ensinamentos doutrinários, não teria havido simulação no caso concreto;
- todas as operações de industrialização e venda pela sócia ostensiva, bem como as aquisições pela recorrente teriam existido efetivamente, tendo o Fisco contestado unicamente, por meio de presunção, o valor da aquisição;
- “...não houve por parte da recorrente qualquer sonegação da real vontade ou finalidade quanto aos negócios jurídicos realizados [...]. Não se deve olvidar, ainda, que o sócio ostensivo realizou a apuração, declaração e recolhimento de todos os tributos ligados aos negócios da SCP, comprovante mais uma vez que a conduta transparente, verdadeira, lícita e com finalidade totalmente desconexa das alegações preconceituosas e sem prova do Fisco”;
- no contrato de constituição da SCP haveria previsão da possibilidade de aquisição dos kits, o que comprovaria a clareza e transparência dos negócios realizados;
- “Se a alegação do Fisco era de que o custo do insumo foi aumentado de forma fictícia com o fim de reduzir tributos, caberia a ele demonstrar que: (i) o valor é incompatível com o praticado pelo mercado; e (ii) analisar a contabilidade da empresa fabricante – POLYAROMAS -, com o objetivo de constatar se, efetivamente, suas suspeitas decorrentes da

ligação entre as empresas e a distribuição de resultados no percentual de 65% decorreriam de tal aspecto”;

- o Fisco deixara de realizar diligência ou pesquisa para apurar o preço médio praticado no mercado, especialmente os dos kits oriundos da Zona Franca de Manaus;
- “...a recorrente adquiriu tais kits ao valor médio de R\$ 100,00 (cem reais) por kg, estando dentro dos padrões de mercado das produtoras localizadas na Zona Franca de Manaus, conforme dados abaixo obtidos do Sistema de Indicadores Industriais – COISE/CGPRO/SAP do Pólo Industrial de Manaus, que variam de R\$ 100,00 a R\$ 130,00”;
- caberia à fiscalização demonstrar o conluio entre a recorrente e a fabricante do insumo (Polyaromas);
- a “busca de melhor eficiência nas operações entre as empresas” é que teria justificado a “...realização da operação societária e culminou indiretamente uma redução tributária de PIS/COFINS”;
- a taxa SELIC não seria aplicável no cálculo dos juros moratórios;
- a multa de ofício seria improcedente, pois no auto de infração não se explicitou qual conduta praticada caracterizaria o evidente intuito de fraude, sendo necessário demonstrar claramente em qual dos artigos da Lei nº 4.502/64 a conduta do contribuinte enquadrou-se;
- a qualificação da penalidade ofenderia os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição do confisco;
- seria ilegal a incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

O Recorrente requereu ainda, subsidiariamente, a conversão do julgamento em diligência para a verificação dos preços praticados na comercialização, por todos os fabricantes de xarope (kits), “...para se confirmar se existiu algum superfaturamento com o objetivo de aumentar os créditos de PIS/COFINS”.

Em 26/2/13, a Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento decidiu não conhecer do recurso voluntário e encaminhar os autos à Primeira Seção de Julgamento, nos termos do acórdão nº 3401-002.132, que recebeu a seguinte ementa (fls.3.963/3.968):

PIS E COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDIMENTO DECORRENTE DE OUTRO, RELATIVO À LEGISLAÇÃO DO IRPJ. COMPETÊNCIA REGIMENTAL PARA O JULGAMENTO. PRIMEIRA SEÇÃO.

É da Primeira Seção do Carf a competência do julgamento de Recurso Voluntário contra decisão de primeira instância que verse sobre a aplicação da legislação de PIS/Pasep e de Cofins, quando se tratar de procedimento cuja exigência esteja lastreada em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ. Incompetência regimental para o julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

Especificamente quanto à competência para o julgamento, em que pese o auto de infração referir-se a créditos tributários de PIS e Cofins, agiu bem a Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento, ao decliná-la para a Primeira Seção de Julgamento.

Conforme art.2º, IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, com a redação conferida pela Portaria MF nº 586, de 21/12/10, à Primeira Seção de Julgamento cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

“IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;” (destaquei)

O voto condutor do acórdão nº 3401-002.132, com o auxílio de excertos do relato fiscal, bem expôs que as exigências de PIS/Cofins estão lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ. *In verbis*:

“Do Relatório Fiscal de fls 3.719/3.747, onde estão descritos os fatos que dão suporte à presente autuação, retirei os seguintes excertos:

[...]

4. Em decorrência de levantamentos efetuados em procedimento fiscal realizado no sujeito passivo em tela referente aos anos de 2007 a 2009, formalizado no processo 11020.003592/2010-80, constatou-se que o contribuinte simulou custos dos insumos, mediante aumento fictício, via compras realizadas pela figura societária criada entre a fiscalizada e a empresa Polyaromas Preparados e Extratos Ltda.

5. Como tais aquisições influenciam na apuração do IPI, do PIS e da COFINS, esta fiscalização tem por objetivo verificar se os simulados custos também foram utilizados para gerar créditos desses tributos.

[...]

25. Da análise dos documentos apresentados durante a fiscalização, acumulou-se evidências suficientes para se afirmar que simulada SCP tratava-se de um ajuste entre as sócias com o propósito de planejamento tributário, conforme detalhado no Relatório da Auditoria Fiscal do

processo 11020.003592/201080, que dado sua clareza e objetividade utilizamos para demonstrar tal operação, conforme segue.

[...]

59. A tributação da SCP foi realizada sob o regime do lucro presumido, por exemplo, o IRPJ deu-se à alíquota de 15%, mais acréscimo de 10%, quando cabível, sobre uma base de cálculo de 8% da Receita Bruta (RB), ou seja, no máximo, 2% da RB.

60. Todavia, valendo-se da possibilidade legal [...], distribuíram resultados pelo lucro contábil (ou melhor dizendo, pela simples utilização de um percentual de 65% sobre o valor comercializado entre a SCP e a sócia participante).

61. A vantagem tributária de que se valeram as empresas é perceptível pelos resultados. Por exemplo, em 2007, pelo regime de apuração adotado para fins tributários (LUCRO PRESUMIDO), poderiam distribuir R\$ 362.723,09 (...), mas, pelo regime supostamente adotado para 'distribuir lucros' (simplesmente 65% das vendas), a soma é de R\$ 1.945.000,00 (...).

62. Além de receber esse 'lucro' isento, utilizou-o para gerar indevidamente crédito de PIS/COFINS os quais foram utilizados para abater os débitos devidos dessas contribuições.

[...]

71. Desta forma, em que pese o regime de tributação adotado pela fiscalizada, glosamos a parcela de custo que se conclui simulada, tabela 3, consequentemente os créditos de PIS/COFINS utilizados indevidamente em resultantes dos simulados custos, no montante consolidado [...]. (sic)

Resumindo o teor desses excertos, tem-se que a fiscalização considerou como 'simulada' parte da operação de compra e venda dos extratos e concentrados, por entender que o valor recebido pela autuada imediatamente após o pagamento das duplicatas correspondentes às aquisições das matérias-primas, não se tratava de 'lucros distribuídos', mas, sim, de 'custos fictícios'.

Tomando por exemplo a NF nº 110, de 27/02/2008, emitida pela Polyaromas para a autuada, no valor de R\$ 150.000,00, em que aquela 'devolveu', sob a forma de 'distribuição de lucros' a importância de R\$ 97.500,00 (65%), a fiscalização entendeu que, na verdade, o desembolso efetivo por parte da autuada [a título de aquisição de insumos] teria ocorrido no montante de apenas R\$ 52.500,00 [R\$ 150.000,00 – R\$ 97.500,00].

Então, para fins de apuração do IRPJ, o Fisco considerou como custo os R\$ 52.500,00, glosando os R\$ 97.500,00, e, da mesma forma, para fins de apuração dos créditos da não-cumulatividade de PIS/Pasep e de Cofins, admitiu somente os

mesmos R\$ 52.500,00, consequentemente, glosando R\$97.500,00.

Entendo, pois, que competência para o julgamento do presente processo é da Primeira Seção, visto que os fatos que ensejaram os dois autos de infração de PIS/Pasep e de Cofins deste processo são exatamente os mesmos que configuraram a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ e da CSLL, cujos respectivos lançamentos se deram no referido processo nº 11020.003592/2010-80.

Isso, não obstante as autuações do IRPJ e da CSLL refiram-se aos anos calendários de 2007 a 2009 e os do PIS/Pasep e da Cofins aos períodos de apuração compreendidos entre 2007 a 2010.

Tal situação é aquela tratada pelo inciso IV do art. 2º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256, de 23/06/2009, com as alterações introduzidas pela Port. MF nº 586, de 21/12/2010, segundo a qual, cabe à Primeira Seção processar e julgar Recurso Voluntário de decisão de primeira instância que verse sobre aplicação de legislação dos demais tributos, quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ.”

Quanto ao referido processo nº 11020.003592/2010-80, relativo às exigências de IRPJ e CSLL, foi negado provimento ao recurso voluntário, tendo o acórdão nº 1402-00.827, de 23/11/11, recebido a seguinte ementa:

CUSTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. GLOSA. PROCEDÊNCIA. Procedente a glosa de custos cuja inexistência foi comprovada em auditoria fiscal.

MULTA QUALIFICADA. Caracterizado o evidente intuito de fraude, em face de criação de empresa ficta, visando apenas a redução do tributo devido, deve ser aplicada a multa qualificada.

MULTA AGRAVADA. O não atendimento de intimação para apresentar elementos que sabidamente a fiscalizada deve possuir, a exemplo de contratos sociais, autoriza o agravamento da multa em 50%.

Atualmente, conforme informação extraída do sítio do CARF na internet, aguarda análise de recurso especial na Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento.

Fixada a competência desta Primeira Seção de Julgamento e estando presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso voluntário é conhecido.

Da análise dos autos, faz-se necessário suscitar de ofício a nulidade do acórdão recorrido, decorrente de cerceamento do direito de defesa dos responsáveis tributários.

Conforme relatório supra, foram arrolados como responsáveis solidários Luisinho Panizzon, CPF nº 227.570.230-04, Gelson Panizzon, CPF nº 227.575.380-04, e Gilmar Panizzon, CPF nº 291.465.420-00, todos devidamente cientificados do auto de infração em 30/1/12 (fls. **3.755/3.756**).

Em 17/2/12, o Sr. Luisinho Panizzon interpôs impugnação, em que ao final requereu a improcedência dos lançamentos “*no tocante à imputação de responsabilidade tributária*” (fls. **3.761/3.782**). Na mesma data, também foram apresentadas impugnações pelos Srs. Gilmar Panizzon (fls. **3.786/3.807**) e Gelson Panizzon (fls. **3.811/3.832**).

Tais impugnações, contudo, **não** foram mencionadas no relatório do acórdão *a quo*, tampouco no respectivo voto condutor. Em suma, deixaram de ser apreciadas, o que caracteriza evidente cerceamento ao direito de defesa de tais pessoas físicas, não podendo subsistir o acórdão recorrido.

A respeito da matéria, o CARF, em sessão de 10/12/12, aprovou o Enunciado nº 71 da súmula de sua jurisprudência dominante, com a seguinte redação: “*Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade*”.

Por óbvio, tendo impugnado a exigência ou apenas o vínculo de responsabilidade, imperiosa é a apreciação pelas instâncias de julgamento.

Assim, cabe declarar a nulidade do acórdão recorrido, devendo o processo ser devolvido à DRJ – Porto Alegre (RS) para que profira nova decisão, agora com a apreciação das impugnações dos responsáveis tributários.

Pelo exposto, voto no sentido de declarar de ofício a nulidade da decisão recorrida.

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro