



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

Processo nº 11543.002757/2001-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-005.679 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2018
Matéria Cofins
Recorrente T A OIL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2000

DISTRIBUIDORES DE ÁLCOOL PARA FINS CARBURANTES. SUBSTITUTOS TRIBUTÁRIOS DOS COMERCIANTES VAREJISTAS. LEI Nº 9.718/1998 ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.990/2000.

Os distribuidores de álcool para fins carburantes ficaram obrigados a recolher, na condição de substitutos tributários, as contribuições para o PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre as vendas de álcool para fins carburantes dos comerciantes varejistas, no período de fevereiro de 1999 a junho de 2000.

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA CARF Nº 2. EXCEÇÕES PREVISTAS NOS ARTIGOS 62 DO ANEXO II DO RICARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 62 do Anexo II do RICARF.

ESPONTANEIDADE. PERDA. RETIFICAÇÃO DE DCTF APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL.

A retificação de DCTF após o início do procedimento fiscal não possui o condão de exonerar o crédito tributário lançado

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A aplicação da multa de ofício no percentual de setenta e cinco por cento na constituição de crédito tributário de Cofins é legítima e possui previsão legal no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 04.

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, conforme enunciado da Súmula CARF nº 04.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer, parcialmente, do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar provimento ao recuso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), Fenelon Moscoso de Almeida, Walker Araujo, Vinicius Guimaraes, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior, Raphael Madeira Abad.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração para constituição de crédito tributário de Cofins, relativo aos períodos de fevereiro/1999 a abril/1999, junho/1999, setembro a novembro/1999, janeiro/2000 a junho/2000. A autuação decorreu de diferença entre valores informados pela recorrente em relatórios de vendas e Livro Razão e os valores declarados em DCTF/Refis e valores recolhidos, separados por Cofins própria e Cofins substituição tributária.

Em sua impugnação, a recorrente alegou em síntese que:

1. Ofensa ao princípio da isonomia em relação à intimação para retificação de DCTF;
2. Promoveu as retificações de todos os meses, afirmando que os débitos declarados até 28/02/2000 estariam computados no Refis e, portanto, com exigibilidade suspensa;
3. Para os períodos a partir de março/2000, estaria amparada por decisão judicial proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 98.02.18193-5 e que, em virtude desta decisão, os produtos por ela vendidos estariam sujeitos ao regime "normal" de tributação,

em que cada contribuinte responde pelas suas vendas. Assim, deveria a Secretaria da Receita Federal exigir os tributos da Petrobrás ou dos varejistas;

4. As operações mercantis relativas às vendas de combustíveis e derivados de petróleo não estão sujeitas à Cofins, por força da imunidade prevista no art. 155, §3º da Constituição Federal;

5. Que nos casos de lançamento por homologação, é inexigível multa de ofício, por se tratar de denúncia espontânea;

6. Caso incidente, a multa deveria ser a de mora, de acordo com o artigo 61, §2º da Lei nº 9.430/1996;

7. A cobrança de juros de mora à taxa Selic é ilegal e inconstitucional.

Apreciando a defesa a DRJ no Rio de Janeiro julgou a impugnação improcedente, de acordo com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2000

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO - Constatado o recolhimento insuficiente da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento.

DCTF COMPLEMENTAR. DATA DE ENTREGA - A entrega de DCTF complementar visando incluir diferença de tributo apurado em procedimento de fiscalização e lançado de ofício não devolve a espontaneidade ao sujeito passivo.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - No período abrangido pelo auto as distribuidoras de álcool para fins carburantes estavam obrigadas a cobrar e recolher, na condição de contribuintes substitutos, a COFINS devida pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhe fizerem.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2000

*Ementa: AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS - A existência de ação judicial, **em nome** da interessada, **importa em** renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria objeto da ação.*

MULTA DE OFÍCIO - A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida, e seu percentual de aplicação encontra previsto no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS DE MORA - TAXA SELIC - A partir de 01/04/1995, por expressa disposição legal, os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2000

Ementa: PROVAS DOCUMENTAIS - A prova documental deve ser apresentada na impugnação, salvo o disposto no § 4º, incisos a, b e c do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.

PEDIDO DE PERÍCIA - Considera-se não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos estabelecidos pelo Decreto nº 70.235, de 1972.

Lançamento Procedente

Irresignada, a recorrente interpôs recurso voluntário, alegando, além das questões já deduzidas em impugnação, que fora reincluída no Refis, mediante decisão judicial proferida nos autos do processo judicial nº 2005.50.01.006952-9, suspendendo os efeitos da Portaria do Comitê Gestor do Refis nº 69, de 03/12/2001.

Por sua vez, a Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes converteu o julgamento em diligência, conforme o excerto abaixo:

"Isto posto, voto pela conversão do presente julgamento em diligência para que a autoridade autuante informe:

1 - se os valores relativos aos períodos de apuração autuados até o de fevereiro de 2000, inclusive, encontram-se incluídos no Programa de Recuperação Fiscal alegado pela recorrente;

2 - em caso de resposta positiva, se tal inclusão deveu-se à decisão judicial referente ao Processo n- 2002.50.01.6952, da 4-Vara da Justiça Federal do Espírito Santo; e

3 - apenas a título de informação, se tal parcelamento encontra-se em dia, considerando-se, para tal, somente as parcelas quitadas após a decisão acostada às fls. 330/332, ainda que tais parcelas tenham incluído valores não quitados anteriormente a tal decisão.

Uma vez cumprida a diligência, dela se dê vista à contribuinte para, querendo, em 15 dias, sobre seus termos manifestar-se."

Em cumprimento da diligência, a unidade administrativa da Receita Federal informou que:

a) Relativamente ao item 1, os valores referentes ao lançamento são diferentes dos valores declarados e consolidados no Refis;

b) Concernente ao item 2, o "próprio juiz da causa informa que a pretensão deduzida nos autos "restou plenamente atendida através da via administrativa à qual recorreram inicialmente as autoras" - o que se deu nos autos do processo administrativo 11543.001327/2001-77 quando o contribuinte optou por recolher integralmente a contribuição social apurada no 1. trimestre de 2000 (extrato do PROFISC de fls. 381 e 382) -, razão pela qual o magistrado se manifestou no sentido de que somente dará resposta ao relator do agravo

interposto pela contribuinte após a prolação de sentença nos autos da ação ordinária 2002.50.01.006952-9";

c) Em relação ao item 3, o referido parcelamento se encontrava em dia, considerando-se as parcelas pagas após 10/2002.

Retornando ao Conselho de Contribuintes, a turma resolveu converter novamente o julgamento em diligência, para que a recorrente fosse intimada a manifestar-se sobre as conclusões da primeira diligência efetuada, bem como para que a autoridade fiscal retificasse ou ratificasse a informação sobre quais períodos de apuração estariam incluídos no Refis, em vista da informação prestada sobre a existência dos períodos de apuração 03, 06, 10 e 11 de 1999 constarem tanto no lançamento de ofício quanto na consolidação do Refis.

Em cumprimento, a autoridade fiscal anexou o extrato de débitos consolidados no Refis, concluindo que os valores lançados no Auto de Infração não foram incluídos no Refis, considerando ainda desnecessária diligência na recorrente.

Porém, os autos foram baixados novamente em diligência, mediante a Resolução nº 3302-000.555, para que a recorrente fosse cientificada de seu resultado, fato que ocorreu em 25/08/2017 por edital eletrônico, uma vez que o envelope de postagem foi devolvido pelos Correios (e-fl. 499). Não tendo havido manifestação por parte da recorrente, os autos foram devolvidos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

O primeiro ponto da peça recursal diz respeito à inclusão dos débitos no Refis. No levantamento efetuado pela fiscalização, detectou-se que em determinados períodos houve declaração a menor em DCTF e em outros, declaração a maior em DCTF. Em decorrência, a fiscalização intimou a recorrente a retificar as DCTF com valores maiores que o devido, adequando o Refis, enquanto para as situações em que as DCTF foram declaradas a menor que o devido, procedeu-se à constituição do crédito tributário aqui atacado, o que, segundo a recorrente, feriu o princípio da isonomia.

A alegação é descabida. A fiscalização intimou a recorrente a retificar as DCTF para diminuir os valores declarados em relação aos períodos que não foram objeto da autuação, adequando os valores declarados à realidade material, evitando, assim, que a recorrente efetuasse recolhimentos no Refis em montantes acima dos verdadeiramente devidos, o que de modo algum afetaria o lançamento aqui efetuado.

Já em relação aos períodos objeto do lançamento, não há que se falar em retificações das DCTF de modo a abranger as diferenças aqui lançadas. Ainda que a recorrente as tenha efetuado, tal procedimento fora feito quando já não mais havia espontaneidade, nos termos do artigo 138 do CTN e do artigo 7º do Decreto nº 70.235/1972, abaixo transcritos:

CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Decreto nº 70.235/1972:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Assim, as retificações de DCTF efetuadas após o início da ação fiscal não tem o condão de configurar qualquer denúncia espontânea em relação aos valores acrescidos que foram objeto da autuação.

Relativamente à situação de ter sido excluída e, posteriormente, reincluída, em nada interfere no lançamento, pois conforme extratos de e-fls. 455, os débitos originais consolidados no Refis corresponderam exatamente aos valores declarados em DCTF para os períodos de 03/99, 06/99, 10/99 e 11/99 e foram excluídos da autuação, conforme Demonstrativo do Valor Tributável - COFINS da e-fl. 71.

Seguindo em sua defesa, a recorrente pugnou pela inexigibilidade da Cofins sob a condição de substituto tributário, alegando ser a refinaria a correta substituta tributária, além de ser amparada por decisão judicial que lhe garantia a sujeição ao regime "normal" de tributação, isto é, sem a figura da substituição tributária, o que implicaria que cada contribuinte da cadeia seria responsável pelo recolhimento da Cofins devida sobre suas próprias operações.

Porém, é certo que o artigo 5º da Lei nº 9.718/1998, anteriormente à vigência da alteração promovida pela Lei nº 9.990/2000 (que alterou o regime de substituição tributária para incidência monofásica), determinava a substituição tributária dos varejistas pelos distribuidores nos seguintes termos:

Art. 5º As distribuidoras de álcool para fins carburantes ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições referidas no art. 2º, devidas pelos

comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda do distribuidor, multiplicado por um inteiro e quatro décimos.

Portanto, não procede a alegação de que a refinaria seria a substituta tributária dos varejistas, nas vendas de álcool para fins carburantes, que foi parte do objeto da autuação.

Concernente à ação judicial mencionada, a recorrente impetrou o MS nº 98.02463-8, objetivando a não sujeição à Cofins sobre as operações de venda de combustíveis e derivados de petróleo em razão da imunidade prevista no artigo 155, §3º da Constituição Federal, conforme documentos de e-fls. 138 a 196.

Verifica-se que a recorrente obteve efeito suspensivo em Agravo de Instrumento de decisão que indeferira a liminar requerida, sendo, posteriormente, denegada a segurança em sentença publicada em 11/04/2000, conforme pesquisas nas e-fls. 278 a 285. Assim, uma vez que a ação fiscal se iniciou em 10/04/2001 (e-fl. 6) e o auto de infração foi lavrado em 11/07/2001 (e-fl. 71), constata-se que a recorrente não estava amparada por decisão judicial por ocasião da lavratura do Auto de Infração, para deixar de recolher a contribuição na condição de substituto tributário do revendedor varejista, como afirmou em sua peça recursal. Portanto, correto o lançamento efetuado, inclusive em relação à multa aplicada.

A recorrente prossegue sua defesa, deduzindo a não sujeição à incidência da Cofins em razão da imunidade prevista no artigo 155, §3º da Constituição Federal, idêntico pedido e causa de pedir utilizados no MS nº 98.02463-8, configurando assim concomitância entre as esferas administrativa e judicial, implicando renúncia à discussão administrativa, nos termos do artigo 87 do Decreto nº 7.574/2011:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

No mesmo sentido, o art. 78, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009 e a Súmula CARF nº 1:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

Súmula CARF nº 01:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Assim, tal alegação não pode ser conhecida. Ademais, as alegações também configuram impossibilidade de conhecimento em virtude da Súmula CARF nº 02¹, por representar arguição de inconstitucionalidade de lei tributária.

Prosseguindo, a recorrente arguiu a inconstitucionalidade da multa de ofício aplicada por ter sido instituída por lei ordinária e não por lei complementar, infringindo a reserva prevista no artigo 146 da Constituição Federal. Novamente, o argumento não pode ser conhecido em razão da Súmula CARF nº 02, acima mencionada.

Ainda deduziu que a multa de ofício não podia ser aplicada em razão de denúncia espontânea. A alegação é incompreensível, pois o artigo 138 admite o instituto da denúncia espontânea no caso de pagamento de tributo devido e juros de mora, antes do início do procedimento fiscal, mas não houve qualquer pagamento efetuado pela recorrente antes do início da ação fiscal, relativamente aos valores lançados.

Não satisfeita, a recorrente ainda defendeu que a multa deveria ser aplicada no percentual de 20%, nos termos do artigo 61, §2º da Lei nº 9.430/1996, abaixo transcrito:

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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Esclareça-se à recorrente que a multa de mora prevista neste artigo se aplica aos recolhimentos em atraso antes do início do procedimento fiscal e quando não verificada a denúncia espontânea, nos termos dos julgamentos proferidos nos REsp nº 962.379 – RS, REsp nº 886.462 – RS e do REsp nº 1.149.022 - SP, submetidos à sistemática prevista no artigo 543-C do anterior CPC.

¹ O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Porém, ao presente caso em concreto de lançamento de ofício de que trata o artigo 149 do CTN, aplica-se o disposto no artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/1996, vigente à época dos fatos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Por fim, a recorrente pugnou pela ilegalidade da taxa Selic como juros de mora. Sobre a legitimidade da taxa Selic como juros moratórios, previstos no artigo 61, §3º² da Lei nº 9.430, de 1996, descabem maiores considerações, conforme decidido no REsp 879.844/MG, julgado em 11/11/2009 (recursos repetitivos), e no RE 582.461/SP, submetido à repercussão geral, julgado em 18/05/2011, e de acordo com o enunciado da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da

² 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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

...
§ 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. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Processo nº 11543.002757/2001-14
Acórdão n.º **3302-005.679**

S3-C3T2
Fl. 511

Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, voto para conhecer, parcialmente, do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar provimento ao recuso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède