



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 13433.000369/2001-63
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-009.463 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2020
Recorrente ORGANIZAÇÃO MARTINS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2000

Ementa:

NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Serão anulados os atos processuais, retomando-se o curso processual a partir do ato que estiver contaminado por vício que afronte o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, devendo ser prolatada nova decisão pela autoridade julgadora singular em prestígio às garantias constitucionais e ao duplo grau de jurisdição administrativa.

FALTA DE INTIMAÇÃO DE ATO PROCESSUAL - DILIGÊNCIA FISCAL.

Caracteriza-se como violação ao contraditório e à ampla defesa a falta de intimação para que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária tome conhecimento e manifeste-se acerca de diligência fiscal efetuada após a autuação e a apresentação de impugnação perante a autoridade administrativo-julgadora *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Walker Araujo, Vinicius Guimarães, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Contra a empresa já qualificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 03 a 05 do presente processo, para exigência do crédito tributário eferente ao período de janeiro de 1999 a junho de 2000, adiante especificado:

(...)

De acordo com o autuante, o referido Auto é decorrente da falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, conforme descrito às fls. 04/05.

Inconformada com a autuação, a contribuinte apresentou, através de seu representante legal e seus procuradores, instrumento à fl. 80, a impugnação de fls. 73/79, a qual anexou cópias de DARF às fls. 81/84 e demonstrativo de fl. 85, onde requer sejam refeitos os cálculos do crédito tributário e torne sem efeito o referido Auto de infração, por afirmar, em síntese, que:

- no ano de 1998, entendeu ser inexigível o recolhimento da COFINS e do PIS sobre a comercialização de combustíveis e álcool, por gozar de imunidade, a teor do §3º do art. 155, da Constituição Federal, e propôs a Ação Cautelar nº 98.0007733-2, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, tendo obtido liminar que posteriormente foi cassada;

- durante o deslinde da ação judicial, o contribuinte se valeu da proteção jurisdicional apenas momentaneamente durante o ano de 1998, tendo em vista a cassação da liminar perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por conseguinte, sofreu o contribuinte o recolhimento dos tributos devidos relativamente a revenda de produtos derivados de petróleo, pois nesse ramo de atividades o adimplemento era realizado: a) por meio das distribuidoras de combustíveis para fatos geradores ocorridos até 01/02/1999 (art. 4, LC 70/91); b) por intermédio das refinarias de petróleo para fatos geradores compreendidos entre 01/02/1999 a 30/06/2000 (art. 4º, da Lei nº 9.718/98);

- foi penalizado indevidamente por ter sido utilizada base de cálculo errônea, uma vez que parte de suas atividades é no ramo de produtos derivados de petróleo e álcool e outra parte na venda de bebidas, refrigerantes, lanches, produtos de conveniência e restaurante. E que a parcela devida ao Fisco é a parcela referente aos meses de dezembro/1999 e janeiro a junho de 2000, quanto ao faturamento da venda de bebidas, refrigerantes, lanches e produtos de conveniência e restaurante.

Quanto a comercialização de combustíveis e álcool, não há o que se discutir, uma vez que foi retido na distribuidora/refinaria, sob pena de se incorrer em *bis in idem*;

- a parcela do tributo que se refere aos produtos não derivados de petróleo foi toda recolhida, conforme DARF anexados dos meses de janeiro de 1999 a novembro de 1999 e, relativamente à revenda de produtos derivados de petróleo e álcool, como já informado nas letras 'a' e 'b' anteriormente transcritas, foi recolhida Por distribuidora/refinaria;

- sendo incontestável a integralidade do recolhimento do tributo num determinado período, e parte em outro, devem ser revistas as penalidades aplicadas;

- a administração além de ferir o art. 4º da LC 70/91 e o art. 4º da Lei nº 9.718/98, também não procedeu corretamente ao cálculo do tributo em comento, pois não observou as exclusões permitidas pelo ordenamento jurídico (art. 3º, da Lei nº 9.718/98);

- de outra banda, a multa aplicada fere o princípio constitucional da razoabilidade. O percentual utilizado pela Fazenda classifica-se como confisco. Deve ser reduzida a multa imposta para 2%, em analogia ao hodierno Código de Consumidor.

Na análise procedida por esta Delegacia da Receita Federal de Julgamento constatou-se a necessidade de diligência, conforme Resolução nº 96, de 18.07.2003, às fls. 90/93, no sentido de:

- 1) comprovar com documentação hábil se houve cobrança e recolhimento pela refinaria, na qualidade de contribuinte substituto, da contribuição a que se refere o art. 2º da Lei nº 9.718/98;

- 2) diante da análise efetuada, se constatada alteração no crédito tributário, seja elaborado um "Quadro Demonstrativo" com a indicação por mês, das novas bases de cálculo e dos valores da contribuição apurados;

3) demais providências que, a seu critério, possam subsidiar na solução da lide;

4) seja dada ciência à contribuinte do resultado da diligência acima solicitada, com reabertura de prazo, se for o caso, para nos termos do que dispõe o Decreto 70.235/72, possíveis manifestações.

No Termo de Encerramento de Diligência de fls. 101/102 consta o resultado de tal procedimento, com a anexação dos documentos de fls. 96/100, onde a Petrobrás informa que não mantém relações comerciais com as empresas revendedoras de derivados de petróleo, mas com as distribuidoras, das quais não teve informação de compra pela Organização Martins LTDA..

A 2ª Turma da DRJ em Recife (PE) julgou a impugnação improcedente, nos termos do Acórdão nº 14.588, de 30 de janeiro de 2006, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2000

Ementa: OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas ao pagamento do crédito tributário.

COFINS. BASE DE CÁLCULO.

Na apuração da base de cálculo da Cofins foram considerados os valores registrados pela contribuinte. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidirá sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

MULTA DE OFÍCIO.

A multa a ser aplicada em procedimento ex-offício é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.

Inconformado com a decisão da DRJ, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual argumenta que:

- a) Nos termos do procedimento administrativo instaurado, verifica-se que a regra que rege os atos administrativos foi violada, tendo em vista, que a recorrente foi preterida do procedimento, quando da diligência requerida pelo julgador de primeiro grau. O procedimento adotado pelo julgador de primeiro grau feriu o direito de ampla defesa da Recorrente, na medida em que o ato processual não obedeceu aos requisitos do direito administrativo, seja no que se refere à ciência da Recorrente conforme inserido no item 4, folhas 051, do resultado da diligência requerida pela DRJ/REC, às folhas 050, item 1, - sobre a comprovação de cobrança e recolhimento pela refinaria, na qualidade de contribuinte substituto — infringindo, conseqüentemente, a norma legal ínsita no Decreto 70.235/72. O prejuízo da Recorrente é evidente, uma vez que a sua Distribuidora de Combustíveis e seus derivados é a SHELL do Brasil, esta

sim, deveria informar que a Recorrente efetivamente realizou compras naquele período e não a Petrobrás;

- b) Diante da negativa da PETROBRAS quanto a ausência de informações concretas de que a Recorrente comprara no período compreendido entre janeiro/99 a junho/2000, entender ser aplicável o CTN no seu art. 124, responsabilizando a Organização Martins na exigência tributária que ora se combate, simplesmente, por entender que não há prova de recolhimento da referida contribuição, sem observar o que preceitua o Decreto 70.235/72, é trilhar pelo caminho do enriquecimento sem causa e, ainda prejudicar sobremaneira o contribuinte ora Recorrente. A decisão de primeiro grau fere os princípios da legalidade e do devido processo legal e da ampla defesa. Consequentemente é nula de pleno direito;
- c) A imposição de multa de ofício, calculada sobre o valor da contribuição não recolhida, à razão de 75% (setenta e cinco por cento), de forma inconteste, é inconstitucional, posto violar o Princípio da Capacidade Contributiva do devedor, inserto no inciso III, § 1º, do art. 145 da Lei Maior, e ter caráter confiscatório, desrespeitando a proibição constitucional de vedação ao confisco, como preceitua o art. 150, inciso IV, da Carta Política de 1988;

Termina o recurso requerendo seu acolhimento para fins de anular a decisão recorrida e cancelar o débito fiscal reclamado.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Preliminar de Nulidade

A interessada alega que não teve ciência do resultado da diligência proposta pela primeira instância e esse fato prejudicou sua defesa.

Diz ainda o Acórdão referido, para que seja dada ciência à contribuinte do resultado da diligência acima solicitada, com reabertura de prazo para possíveis manifestações desta.

Finalmente, esclarece o resultado do procedimento, onde a PETROBRAS, informa que não mantém relações comerciais com as empresas revendedoras de derivados de petróleo, mas com as Distribuidoras, das quais não teve informação de compra pela Organização Martins Ltda.

Veja Ínclitos Julgadores que a recorrente adquire os produtos derivados de petróleo da Distribuidora SHELL BRASIL S.A., portanto, grupo alheio à PETROBRAS. Consequentemente, ante a negativa dessa Empresa de que não havia informação de produtos adquiridos pela recorrente no período objeto do auto de infração, urgia, diligências às Distribuidoras de Petróleo, ou no mínimo, consulta à Recorrente, conforme previsão legal, sobre o fato, sob pena de se macular o processo administrativo.

Ficando evidente, que o julgador de primeiro grau atropelou o procedimento do processo administrativo tributário o que gerou, em consequência, prejuízos irreparáveis à Recorrente. A uma, por que está sendo exigida em tributo que entende indevido e, a dois, por que a lei veda o enriquecimento sem causa de quem quer que seja, no caso, do

Fisco Federal. Ora, a manutenção do auto de infração em seu *totum*, pelo juízo de primeiro grau, sem a observância da legislação a fim de que se fosse assegurado ao Recorrente a ampla defesa garantida pela Carta Magna, nulifica todos os seus atos.

Após exaustiva análise aos autos, fica evidente que assiste razão à recorrente.

Efetivamente constata-se que foi solicitada pela autoridade julgadora *a quo* a realização de diligência junto ao sujeito passivo, no sentido de serem esclarecidos fatos e carreadas novas provas ao processo com vista à melhor instrução probatória e à formação do livre convencimento do julgador. No tocante a tal ato, verifica-se que ele não merece reparos face a necessidade efetiva de mais elementos de prova a fim de que fosse constatada, de forma inequívoca, a ocorrência da infração imputada à recorrente.

Com base no resultado da diligência fiscal o colegiado *a quo* manteve o crédito tributário em vista de uma circularização realizada na Petrobrás. Ocorre que a recorrente transacionava com a SHELL e não com a Petrobrás. Logo, seria lógica a resposta da Petrobrás no sentido de que não realizara nenhuma transação com a recorrente.

Acontece que a recorrente não teve ciência dessa circularização, que serviu de fundamento do relatório de diligência, prejudicando sua defesa.

Exsurge nos autos a existência de vício processual que contamina o julgamento de primeira instância por afronta ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que em nenhum momento, salvo já em fase de recurso voluntário, ela tomou conhecimento das conclusões e motivos da autoridade fiscal diligenciadora.

A garantia constitucional do devido processo legal visa exatamente assegurar que não poderá haver qualquer exigência de tributo ou imputação de irregularidade contra o sujeito passivo da relação jurídico-tributário sem que a ele seja dado conhecimento da respectiva acusação, em que ela se funda e qual os motivos e documentos que dão respaldo ao lançamento de crédito como decorrência da suposta prática de infração à lei tributária, bem assim que lhe seja assegurado o direito de poder a ela se opor e apresentar provas em contrário que possam elidir a imputação.

É imprescindível que seja dada ciência ao sujeito passivo de todos os atos praticados pela Administração Tributária, bem como dos termos da acusação, dos fundamentos e provas em que ela se funda, especialmente quando os elementos foram carreados ao processo após o exercício do direito de defesa através da impugnação.

Cumprе salientar que o vício constante nos presentes autos é de tal monta que não poderia dar-se por sanado nesta fase processual, uma vez que a opção pelo saneamento poderia resultar em prejuízo processual muito maior, *a posteriori*, com afronta ao duplo grau de jurisdição administrativa, pois, caso a recorrente manifeste inconformidade com o resultado da aludida diligência e, após a respectiva ciência, deseje apresentar nova impugnação, tal insurgência precisa ser submetida à apreciação da primeira instância administrativa, pois devem ser preservadas todas as instâncias administrativas previstas na lei.

Diante do exposto, com vista a sanar o vício formal que contamina o presente processo e assegurar o contraditório e a ampla defesa, dou provimento parcial ao recurso para:

- a) acolher a preliminar de cerceamento do direito de defesa e declarar a nulidade da decisão da DRJ;

- b) que seja dada ciência ao sujeito passivo da diligência de fls. 101/102, bem como que seja concedido novo prazo para que se manifeste e apresente, caso entenda cabível, novas razões de defesa.
- c) que seja proferida nova decisão da DRJ, abrindo os prazos previstos no Decreto nº 70235/72.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho