



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

Processo n° 13888.721120/2012-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.938 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2013
Matéria PIS/COFINS.MULTA
Recorrente PETROLUNA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

PRELIMINAR DE NULIDADE. DADOS EXTRAÍDOS DO SPED. UTILIZAÇÃO PELO FISCO. INEXISTÊNCIA.

Não é ilegal a utilização pelo Fisco de dados informados pelos contribuintes através do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

SONEGAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Estando devidamente demonstrado nos autos que a conduta do contribuinte se amolda às figuras previstas nos arts. 71, 72 ou 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, é de se aplicar a multa de ofício na forma qualificada, nos termos da legislação específica.

PRESTAR ESCLARECIMENTOS. INTIMAÇÃO. OMISSÃO.

O não atendimento, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos constitui motivo suficiente para o aumento, da metade, dos percentuais da multa de ofício a que se referem o inciso I do caput e o § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 135, III, DO CTN.

Responde pelos créditos tributários os sócios da pessoa jurídica quando tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A atribuição da responsabilidade solidária aos sócios da pessoa jurídica, quando presentes as hipóteses legais, não constitui desconsideração de sua personalidade.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento aos recursos voluntários.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Charles Mayer de Castro Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres (Presidente), Gilberto de Castro Moreira Junior, Tatiana Midori Migiyama, Thiago Moura de Albuquerque Alves, Charles Mayer de Castro Souza e Luís Eduardo Garrossino Barbieri.

Relatório

Contra a contribuinte acima qualificada, lavraram-se autos de infração formalizando a exigência de crédito oriundo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referente aos períodos de janeiro a maio de 2009, no valor total de R\$ 20.375.508,63, incluindo juros de mora e multa de ofício qualificada e agravada.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, transcrevo o Relatório da decisão de primeira instância administrativa, *in verbis*:

A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude da apuração de falta de recolhimento da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para a COFINS, no período de 01/01/2009 a 31/05/2009, exigindo-se-lhe contribuição para o PIS de R\$1.028.778,13, multa de ofício de R\$2.314.750,81 e juros de mora de R\$295.378,17, perfazendo o total de R\$3.638.907,11 e para a COFINS, exigência de R\$4.731.709,26, multa de ofício de R\$10.646.345,84 e juros de mora de R\$1.358.546,42, perfazendo o total de R\$50.375.843,48.

Os enquadramentos legais encontram-se nos autos de infração juntados às fls 1378, 1380 e 1385/1386.

De acordo com o RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO, de fls.1282/1296, a fiscalização apurou:

- que a interessada é optante pelo Regime Especial de apuração e Pagamento da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS (RECOB) com vigência a partir de 01/10/2008, cuja tributação é baseada no volume de álcool carburante vendido, deixou de recolher e declarar consideráveis débitos de PIS e COFINS;

- Conforme contrato social a sua atividade primordial é a revenda de álcool carburante e Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (TRR), Comércio varejista de gás liquefeito de petróleo (GLP) e Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos;

- Intimou o contribuinte a apresentar arquivos digitais e “diante da falta pelo contribuinte da apresentação de arquivos digitais consistentes da escrituração fiscal digital do PIS e COFINS, no formato previsto no ADE COFIS 25/2010, de demonstrativos de apuração das contribuições ou mesmo da memória de cálculo de apuração das contribuições, caracterizando evidente intuito de embargo à fiscalização, foi procedida pela fiscalização a apuração das contribuições devidas a partir das notas fiscais eletrônicas disponíveis na base SPED.”

- O Auditor-fiscal contatou que:

As notas fiscais eletrônicas extraídas do SPED, consideradas pela fiscalização para levantamento de ofício dos créditos passíveis de aproveitamento, representam o universo de documentos que o contribuinte dispõe para cálculo de créditos, pois todas as compras de mercadorias para revenda feitas pela interessada, tem amparo em nota fiscal eletrônica emitidas pelos fornecedores, conforme demonstra o histórico dos lançamentos relativos a compras de mercadorias para revenda, ao fazer referência à nota fiscal

- Após a análise das notas fiscais, a fiscalização assim procedeu:

A fim de determinar os créditos passíveis de aproveitamento pela interessada, a fiscalização adotou os seguintes critérios (vide Anexo II e seus relatórios 1, 2 e 3 deste Relatório de Fiscalização):

• nas aquisições de álcool hidratado para fins carburante que há destaque das contribuições para o PIS e COFINS nas notas fiscais eletrônicas, foram aproveitados tais valores.

• nas aquisições de álcool hidratado para fins carburante que não há destaque das contribuições para o PIS e COFINS nas notas fiscais eletrônicas, foram realizados os cálculos para determinação dos valores passíveis de creditamento, conforme a sistemática de apuração a qual o fornecedor está obrigado, se optante pelo RECOB, foram aplicadas as alíquotas ad rem (por

unidade de medida do produto), se não optante, foram aplicadas as alíquotas ad valorem.

Ressalte-se que todos os fornecedores são produtores ou importadores, calculando quase exclusivamente as contribuições devidas nas vendas de álcool carburante nesta condição, conforme pode ser verificado no relatório elaborado com base em informações constantes nas DACON disponíveis.

- não foram aproveitados créditos na aquisição de gasolina e óleo diesel, pois tais produtos estão sujeitos à tributação concentrada no produtor ou importador, não gerando créditos ao revendedor.*
- nas aquisições de outros produtos, que são pouco representativas, considerando o montante global de compras, foram aproveitados, por mera hipótese, os créditos das contribuições destacadas nas notas fiscais eletrônicas.*

Os Auditores-fiscais procederam à apuração dos valores, aplicando as alíquotas “ad rem” multiplicadas pelo número de metros cúbicos de álcool vendidos, conforme Anexo I e seus relatórios 1, 2 e 3 do Relatório de Fiscalização acima citado. Também, do montante apurado de débitos nas operações de vendas, foram descontados os créditos apurados pela fiscalização, resultando no montante de contribuições a pagar e nas diferenças a cobrar discriminadas no Anexo III, do mesmo Relatório de Fiscalização.

Além disso, foi aplicada a multa de ofício qualificada no percentual de 150% sobre tributos exigidos de ofício em razão de a fiscalizada ter praticado os atos previstos no art. 44, §1º, da Lei 9.430/1996, assim fundamentada:

A vontade consciente do contribuinte para impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, com o resultado da supressão ou redução dos tributos, caracterizou-se pelas condutas de:

- recolher e declarar em DCTF somente parte ínfima dos débitos devidos;*
- apresentar os registros de apuração dos débitos devidos (registro 4.10.1) e de apuração dos créditos a descontar (registro 4.10.5) da escrituração fiscal digital para o PIS e COFINS, no formato previsto no ADE Cofis 25/2010, com todos os valores zerados, deixando de fazer a correção exigida;*
- apresentar notas fiscais de entrada, saída e de serviços com erros, omissões e inconsistências, no formato previsto no ADE Cofis 25/2010, tais como, omissão da descrição da mercadoria, código NCM, quantidade, unidade de medida etc., deixando de promover as correções exigidas;*

- *deixar de apresentar demonstrativo em planilha Excel ou a memória de cálculo de apuração das contribuições para o PIS e COFINS;*
- *apresentar a DACON para os períodos de apuração 01/2009 a 07/2009 e 12/2009 com todos os valores zerados;*
- *informar na DACON para os períodos de apuração 08/2009 a 11/2009 vultosos créditos fictícios de PIS/COFINS calculados por unidade de medida de produto para deduzir indevidamente o valor a pagar das contribuições;*
- *deixar de apresentar os Livros Registros de Inventário, impedindo o fisco de realizar devidamente a auditoria de estoque;*
- *deixar de apresentar os Livros Registro de Entradas e Saídas;*

O Auditor-fiscal agravou a multa:

A multa qualificada supra mencionada foi agravada de 150% para 225%, conforme previsto na Lei nº 9.430/1996, art. 44, §2º, inciso I, verbis, pela fiscalizada ter deixado de atender inúmeras intimações, apesar de ter sido advertida que tal conduta implicaria em agravamento das penalidades.

No termo fiscal, o Auditor inseriu para responder solidariamente o ex-sócio José Renato do Santos e o sócio Sidney Gonçalves Marrero:

Assim, pelo fato do ex-sócio José Renato do Santos, que se retirou da sociedade em 23/06/2009 (data do protocolo na JUCESP da alteração contratual), permanecendo na condição de diretor de operações comerciais até a presente data, e do sócio Sidney Gonçalves Marrero, admitido em 23/06/2009, terem exercido a administração ou gerência da sociedade com a prática de atos com infração à lei, pondo em execução a fraude e a sonegação fiscal, com o resultado de supressão ou redução dos tributos, estes devem responder solidariamente pelas dívidas tributárias, nos termos dos artigos 135, inciso III, e 124, I, do Código Tributário Nacional.

A autoridade fiscal constatou também que:

(...) a partir de 23/06/2009, de acordo com o contrato social, a sociedade passou a ser unipessoal, continuando normalmente as atividades sociais até a presente data, conforme demonstram as notas fiscais eletrônicas e a contabilidade constante da base de dados do SPED, deixando o sócio administrador Sidney Gonçalves Marrero de promover a dissolução da empresa ou recomposição do quadro societário dentro do prazo legal para o número mínimo de dois sócios, com infração ao disposto no Código Civil, art. 1.033, inciso IV, abaixo aduzido.

Portanto, o Auto de Infração, acompanhado com os demais documentos para o exercício do contraditório e da ampla, foi encaminhado à Petroluna Distribuidora De Petróleo Ltda, ao

ex-sócio José Renato do Santos e ao sócio Sidney Gonçalves Marrero, que apresentaram três impugnações, uma cada um deles, (fls. 1422/1463; 1472/1513; e 1519/1560, respectivamente), contudo todas com o mesmo teor, conforme segue:

1 – Ilegitimidade Passiva.

Inicia combatendo a inserção dos sócios como solidários, argumentando que “Não se admite a responsabilidade pessoal objetiva, em que basta o indício de débito tributário da empresa para desconsiderar sua personalidade jurídica e responsabilizar a pessoa do sócio, precipuamente para alcançar seu patrimônio.”

Entende que o “intuído da desconsideração é garantir o adimplemento de obrigações, coibindo-se qualquer fraude. Isto porque, antigamente, escondiam-se atrás do véu da personalidade jurídica, quando agentes mal intencionado transferiam a responsabilidade de seus atos à personalidade jurídica.”

1.2 – Ofensa ao Princípio da Legalidade

Defende que a Secretaria da Receita Federal do Brasil não poderia, “em arbitrariedade, proceder com a desconsideração da personalidade jurídica.”

Cita a Constituição Federal e a Lei 9.784/1999, conclamando que o fisco está agindo com excesso de poder, “buscando atingir patrimônio de pessoas físicas por infrações que só competem à empresa autuada” e entende que deve ser “declarada a ilegitimidade passiva dos sócios neste caso.”

E finaliza, sob o entendimento de que “trata-se de dívida tributária” e que “o inadimplemento é agir com abuso de poder ou descumprimento de lei”.

2 – Multa Qualificada – Descabimento

Afirma que ocorreu uma descrição genérica de conduta, aliada à falta de referência de um tipo legal e, ainda, o ato da autoridade fiscal em qualificar a multa afronta aos Princípios da Legalidade, Motivação, Contraditório e Ampla Defesa, fato que impõe que seja “reconhecido nulo o auto de infração, ou, ad argumentandum tantum, subsidiariamente desqualifica a multa, vez que deficiente sua prova e tipificação”.

2.1 – Ausência de Comprovação de Conduta

Cita as leis 9.430/96 e 4.502/64 e escreve que “é necessário que esteja comprovada a conduta dolosa.”, fato que não ocorreu neste processo, impondo a desqualificação da multa.

2.2 – Multa Agravada – Descabimento

Insurge contra “o incrível patamar de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento), afirmando que “toda” documentação em poder da empresa foi entregue ao Fisco e contesta o padrão de

“inúmeras intimações” como suporte para a majoração da multa.

Defende que “o administrado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, derivado do Direito ao Silêncio” e cita a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, para corroborar que “qualquer omissão, trata-se de exercício regular de direito do cidadão.”

3 – Multa Excessiva: Não Confisco

Cita a Constituição Federal e os dispositivos que impedem o confisco e cita jurisprudência do STF, alegando confisco no percentual da multa contida no Auto de Infração.

4 – Multa Administrativa Não Abrange Sócio

Entende que a “responsabilização solidária que o Fisco buscou na autuação é limitada aos valores que possuem um Fato Gerador Tributário!” e que a multa administrativa não abrange a responsabilidade dos sócios, conforme o artigo 135, do Código Tributário Nacional.

5 – Da Base de Cálculo – PIS/Cofins

Entende que o uso das informações contidas no SPED, uma vez que a IN/SRF nº 1.252/2012 autorizou a utilização dos dados somente a partir de 2012, fato que determina a nulidade do Auto de Infração.

6 – Omissões de Descrição do Produto – Presunção

Entende que a omissão detectada pela autoridade fiscal, quanto ao código NCM em diversas notas fiscais, que é a própria descrição do produto, não poderia levar o Auditor-fiscal a entender que os produtos são tributáveis, mas ao contrário, tais lacunas deveriam ser preenchidas com a presunção em favor do contribuinte, ou seja, alíquota zero.

Ao final, pede que se julgue:

“o presente Auto de Infração NULO (por cerceamento de defesa, ilegalidade e ofensa a princípios constitucionais supracitados), ou, subsidiariamente, pelo princípio da eventualidade, que haja Ilegitimidade Passiva dos sócios (excluindo-os do pólo passiva), e Desqualificação da Multa, Afastamento da agravante da Multa, Aplicação de Alíquota Zero nas presunções legais.”

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP julgou improcedente a impugnação, proferindo o Acórdão DRJ/RPO n.º 14-40.069, de 29/01/2013 (fls. 1568/1591), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO E PAGAMENTOS DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS INCIDENTES SOBRE COMBUSTÍVEIS E BEBIDAS (RECOB).

A opção para a apuração da Contribuição para a COFINS não-cumulativa pelo Recob produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, quando efetuada até o último dia útil do mês de novembro; de 1º de janeiro do ano seguinte ao ano-calendário subsequente, quando efetuada no mês de dezembro; e do primeiro dia do mês de opção, quando efetuada por pessoa jurídica que iniciar suas atividades no ano-calendário em curso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

REGIME ESPECIAL DE APURAÇÃO E PAGAMENTOS DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E DA COFINS INCIDENTES SOBRE COMBUSTÍVEIS E BEBIDAS (RECOB).

A opção para a apuração da Contribuição para o PIS/Pasep não-cumulativa pelo Recob produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, quando efetuada até o último dia útil do mês de novembro; de 1º de janeiro do ano seguinte ao ano-calendário subsequente, quando efetuada no mês de dezembro; e do primeiro dia do mês de opção, quando efetuada por pessoa jurídica que iniciar suas atividades no ano-calendário em curso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

SOLIDARIEDADE PASSIVA E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSTITUTOS DIVERSOS.

A desconconsideração da personalidade jurídica é uma espécie de sanção pelo ato ilícito consistente no abuso da personalidade, enquanto a solidariedade é determinada pelo interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo, independentemente de ter havido ato ilícito ou não.

DESNECESSIDADE DE O FISCO PROCEDER À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A Administração Tributária não precisa desconsiderar a personalidade jurídica porque o “terceiro” que iria ser responsabilizado em função da desconconsideração não é um terceiro no que concerne à relação tributária, mas sim é seu integrante.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

A arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua

competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa nos moldes da legislação que a instituiu.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/05/2009

NULIDADE.

Tratando-se de auto de infração lavrado por pessoa competente, não tendo havido preterição do direito de defesa da contribuinte e não tendo sido ferido os artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não cabe o acatamento de nulidade.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento de defesa quando os Autos de Infração (AI) e seus anexos integrantes são regularmente cientificados ao sujeito passivo, sendo-lhe concedido prazo para sua manifestação, e quando estejam discriminados, neste, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam a autuação, tendo sido observados todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 1602/1649, por meio do qual sustenta, em apertada síntese, depois de relatar os fatos:

Ilegitimidade passiva – descabimento da solidariedade (desconsideração da personalidade jurídica) – ofensa à legalidade

Os requisitos legais que autorizam a responsabilidade pessoas (desconsideração da personalidade jurídica), não foram cumpridos. A decisão recorrida se baseou no art. 124 do CTN, sem sequer indicar o inciso em que estaria enquadrando o fundamento da medida. Se legalidade houve, como ficaria a norma insculpida no art. 135 do mesmo Código? Onde estaria a prova de excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto?

O raciocínio adotado pelo Fisco desconstruiu objetivamente a personalidade jurídica da empresa. Não se pode alegar que a mera inadimplência configura infração de lei (cita Súmula n.º 430 do Superior Tribunal de Justiça – STJ). A declaração de ilegitimidade passiva dos sócios é medida que se impõe.

Ao afirmar que os sócios respondem solidariamente com a empresa, o Fisco está sugerindo uma confusão patrimonial. Quando se afirma serem solidários, quer por interesse comum, quer por infração de lei, basicamente não importa o fundamento.

O Fisco busca afastar o caráter excepcional da doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica. Excedeu o seu poder discricionário. Não há previsão que permita o Fisco desconSIDERAR a personalidade jurídica. Violaram-se princípios constitucionais, entre os quais o da legalidade.

O débito exigido é de responsabilidade da pessoa jurídica. Deve ser comprovada a atuação dolosa dos sócios.

Multa qualificada – falta de descrição e adequação legal – nulidade – cerceamento ao direito de defesa

É indevida a aplicação da multa qualificada. Uma descrição genérica de conduta, aliada à falta de referência a um tipo legal, afronta a Constituição Federal e a lei que rege o Processo Administrativo Federal.

Não se apontou o dispositivo legal que fundamentou o aumento da multa. O auto de infração é nulo.

Falta de comprovação da conduta

Faltou a prova imprescindível à aplicação da penalidade: a conduta dolosa do agente. O Fisco se fundamentou em alegações genéricas (cita as Súmulas de n.º 14 e 25 do CARF).

Multa agravada – descabimento

Quanto à multa agravada, toda a documentação foi entregue ao Fisco, conforme comprova o próprio Relatório de Fiscalização. A empresa e seus sócios forneceram toda a informação que possuíam. Não há que se falar em não prestação de esclarecimentos. Ademais, o Fisco fez mais uma alegação genérica, quando justificou a penalidade afirmando que a empresa deixou de atender inúmeras intimações (cita decisão do CARF entendendo exonerar a multa agravada se não houve prejuízo para o Fisco e se essa mesma falta levou ao arbitramento do lucro). O próprio Fisco fez uso do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, acessando as informações das empresas que teriam comercializado com a autuada. O simples silêncio não pode ser nocivo ao administrado (princípio constitucional da não autoacusação; Pacto de San Jose da Costa Rica).

Multa excessiva – não confisco

A multa de ofício aplicada é confiscatória.

Multa administrativa não abrange os sócios

A responsabilização solidária é limitada aos valores “que possuem um Fato Gerador Tributário” (*sic*). A multa tem caráter administrativo. Confundiu-se crédito tributário com obrigação tributária.

Ilegalidade da base de cálculo do PIS/Cofins

O Fisco utilizou-se de informações que constariam do SPED (notas fiscais). O julgador quis afirmar que o Fisco estava autorizado a lançar com base nas informações constantes do SPED. Esse Sistema foi instituído por meio do Decreto n.º 6.022, de 2007. O Fisco deveria determinar a partir de quando seria válida a base de dados do SPED. Conforme art. 4º da Instrução Normativa – IN RFB n.º 1.252, de 2012, ficaram obrigadas a adotar a Escrituração Fiscal Digital das Contribuições (EFD-Contribuições) em relação ao PIS/Cofins referentes aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012, as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do IRPJ com base no lucro real. Não havia lei que autorizasse, até então, o uso de SPED para fins de tributação. Assim, toda a prova que motivou a autuação foi obtida ilegalmente.

Omissões de descrição do produto – presunções

O Fisco teria constatado, em diversas notas fiscais, omissão do código da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM. Da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, extrai-se o subcapítulo 2207 (Álcool etílico não desnaturado com um teor alcoólico, em volume, igual ou superior a 80% vol; álcool etílico e aguardentes, desnaturados, com qualquer teor alcoólico). A Resolução ANP nº 7, de 2011, estipulou a especificação dos produtos. O álcool anidro e o álcool hidratado são produtos diferentes, com especificações e finalidades distintas. O seu enquadramento na NCM/TIPI também deveria ser diferente.

Diante das omissões alegadas pelo Fisco, como poderia deduzir qual era o produto? Calculou todo o montante como se fosse álcool hidratado, sem indicar qual o critério legal.

Se há venda de álcool hidratado combustível, estando a empresa enquadrada em regime especial, aplicam-se as alíquotas do Decreto nº 6.573, de 2008 (art. 2º, II). Quando se trata de álcool anidro, a lei confere alíquota zero (art. 5º, § 1º, I, da Lei nº 9.718, de 1998). Como o Fisco pode alegar omissões e, na dúvida, utilizar-se de alíquota maior? (cita o art. 112 do CTN). As lacunas deveriam ter sido preenchidas a favor da empresa autuada. O julgador praticamente confessou a sua presunção quando não abordou a questão e ainda tentou subverter o contraditório, sugerindo que era a defesa quem deveria desconstituir a presunção.

Ao final, requer seja declarado nulo o lançamento (cerceamento ao direito de defesa, ilegalidade e ofensa a princípios constitucionais), ou, subsidiariamente, sejam excluídos os sócios do polo passivo, desqualificada a multa, afastada a sua agravante e aplicada alíquota zero nas presunções.

Os apontados responsáveis solidários JOSÉ RENATO DOS SANTOS e SIDNEY GONÇALVES MARRERO apresentaram Recursos Voluntários com idêntico teor (fls. 1653/1700 e 1704/1751).

O processo foi distribuído a este Conselheiro Relator, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

Os Recursos Voluntários aviados pela contribuinte autuada e pelo responsável solidário SIDNEY GONÇALVES MARRERO atendem a todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual deles se conhece. Contudo, o apresentado pelo também responsável solidário JOSÉ RENATO DOS SANTOS é intempestivo, uma vez que, intimado da decisão recorrida em 22/02/2013 (fl. 1599), uma sexta-feira, o prazo de apresentação do recurso, que se iniciou, em conformidade com o disposto no art. 5º c/c o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, na segunda-feira seguinte, dia 25/02, encerrou-se em 26/03/2013. Como o Recurso Voluntário foi protocolado em 27/03 (fl. 1653), já se havia expirado o prazo de sua apresentação.

Quanto aos demais Recursos Voluntários – de igual conteúdo, como já ressaltado –, vê-se que a fiscalização constatou que a contribuinte autuada, então optante de Regime Especial de Apuração e Pagamento do PIS/Cofins, deixara de recolher e declarar consideráveis débitos dessas contribuições, fato que, aliás, não foi contestado por ambos os Recorrentes.

Com efeito, as alegações de defesa não adentram no fato jurídico-tributário do qual resulta o lançamento. Das apresentadas, a única que, a nosso sentir, qualificar-se-ia de preliminar é a que suscita a nulidade do lançamento, ao fundamento de que, ao utilizar-se de informações extraídas do SPED, o Fisco teria cometido uma ilegalidade, uma vez que não haveria lei que autorizasse, até então, o uso desse sistema para fins de tributação. Assim, toda a prova que motivou a autuação seria ilegal. Assevera que, em conformidade com o que preconiza o art. 4º da Instrução Normativa – IN RFB n.º 1.252, de 2012, as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do IRPJ com base no lucro real somente ficaram obrigadas a adotar a EFD-Contribuições em relação ao PIS/Cofins para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012.

O argumento é equivocado.

A obrigação acessória em tela não está de modo algum a significar que as informações extraídas do SPED somente passaram a legitimar a autuação para cobrança do PIS/Cofins quanto a fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2012. Ao contrário, apenas obrigou as pessoas jurídicas nela discriminadas a promover a entrega da EFD – Contribuições a partir de determinado período de apuração, não que as informações que já vinham sido prestadas nos meios até então estabelecidos para o SPED não pudessem ser utilizados pelo Fisco. Por exemplo, a IN RFB n.º 787, de 19 de novembro de 2007 (com as alterações da IN RFB n.º 825/08 e da IN RFB n.º 926/09), já havia instituído a Escrituração Contábil Digital, para fins fiscais e previdenciários.

Portanto, as informações obtidas nas notas fiscais eletrônicas extraídas do SPED, inclusive para fins de levantamento de ofício dos créditos passíveis de aproveitamento a que a contribuinte autuada tinha direito, nada têm de ilegal.

Rejeita-se a preliminar de nulidade.

No mérito, alega a Recorrente que a fiscalização teria constatado, em diversas notas fiscais por ela emitidas, omissão no registro do código da NCM do produto vendido. Nesse cenário, questiona como poderia a fiscalização deduzir qual seria esse produto. Assevera que as lacunas deveriam ter sido preenchidas a seu favor.

Embora não conste o código do produto na NCM em nada menos que 38.493 itens das notas fiscais, a sua descrição havia, tanto que a fiscalização elaborou o Anexo I, no qual informa, por nota fiscal emitida, as receitas auferidas com as vendas de álcool hidratado para fins carburantes e as alíquotas aplicadas.

Presunção, como se vê, não houve.

Não fosse o bastante, conforme já ressaltado pela instância *a quo*, a Recorrente nada trouxe, quer na impugnação, quer no Recurso Voluntário, que infirmasse, para uma nota fiscal que seja, as informações nelas obtidas pela fiscalização, em flagrante descompasso com o que determina o § 4º do art. 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972, segundo o qual as provas documentais devem ser carreadas na impugnação.

A multa de ofício aplicada, devidamente referida nos autos de infração, encontra-se prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, cuja redação, anterior e posterior ao início da vigência da Medida Provisória – MP n.º 351, de 22/01/2007, era e é a seguinte:

Redação original:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

§ 2º Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente.

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

Alteração promovida pela MP nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007:

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)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

§ 5º Aplica-se também, no caso de que seja comprovadamente constatado dolo ou má-fé do contribuinte, a multa de que trata o inciso I do caput sobre: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - a parcela do imposto a restituir informado pelo contribuinte pessoa física, na Declaração de Ajuste Anual, que deixar de ser restituída por infração à legislação tributária; e (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II – (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

Como se vê, os fatos que permitem a qualificação da multa são, *grosso modo*, os mesmos, tanto na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, quanto na que resultou da alteração conferida pela MP nº 351, de 2007 (posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007), embora apresentem, como visto, redação diversa: no caso, a falta de pagamento de tributo, mediante condutas qualificadas como sonegação, fraude ou conluio, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

De fato, já se havia consolidado que a expressão “evidente intuito de fraude” constante da redação original (fraude aqui em sentido lato, abarcando as figuras da sonegação, da fraude em sentido estrito e do conluio) reclamaria, para a sua configuração, a prática inequívoca de conduta dolosa, intencional, grave o suficiente e independente de quaisquer outras variáveis. Tanto que este Conselho editou a Súmula nº 14, através da qual, após inúmeras decisões no mesmo sentido, estabeleceu que “A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”. Embora verse sobre matéria distinta (a omissão de receitas), serve para demonstrar o requisito imprescindível à aplicação da multa no percentual majorado: a presença inequívoca do elemento volitivo.

No caso ora em análise, a meu ver encontram-se inquestionavelmente presentes as condições para aplicação da multa no percentual majorado, como se observa dos fatos descritos em item específico do Relatório de Fiscalização (daí afigurar-se absolutamente despropositada a alegação de cerceamento ao direito de defesa), nenhum deles contestado, com base em documentos, pela Recorrente:

1º) Recolheu-se e declarou-se em DCTF somente parte ínfima dos débitos devidos;

2º) Foram apresentados registros de apuração dos débitos devidos e de apuração dos créditos a descontar com todos os valores zerados;

3º) Foram apresentadas notas fiscais de entrada, saída e de serviços com erros, omissões e inconsistências, tais como omissão da descrição da mercadoria, código NCM, quantidade, unidade de medida etc.;

4º) Deixou-se de apresentar demonstrativo em planilha Excel ou a memória de cálculo de apuração das contribuições para o PIS e Cofins;

5º) A DACON referente aos períodos de apuração 01/2009 a 07/2009 e 12/2009 foi apresentada com todos os valores zerados;

6º) Na DACON referente aos períodos de apuração 08/2009 a 11/2009 foram informados vultosos créditos fictícios de PIS/Cofins, calculados por unidade de medida de produto para deduzir indevidamente o valor a pagar das contribuições;

7º) Deixou-se de apresentar os Livros Registros de Inventário, o que impediu a realização de auditoria de estoque;

8º) Não foram apresentados os Livros Registro de Entradas e Saídas.

Esses fatos, todos inquestionáveis e documentalmente comprovados, demonstram a intenção deliberada da Recorrente de furtrar-se ao pagamento das contribuições. Caracterizadas encontram-se, salvo melhor juízo, a sonegação e a fraude, nos termos dos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Com efeito, ao reiteradamente recolher apenas uma parte ínfima dos valores devidos em alguns períodos de apuração, ou nada recolher em outros, e ao não entregar à fiscalização livros de escrituração obrigatória, com a indisfarçável intenção de dificultar a realização do procedimento fiscal, impediu ou retardou o conhecimento da ocorrência do fato gerador, o que caracteriza a sonegação. Ao informar créditos fictícios de PIS/Cofins em valores significativos impediu ou retardou a sua ocorrência, caracterizando-se a fraude fiscal.

Aos fatos antes referidos, acresça-se o de que, embora regularmente intimada, a Recorrente deixou de atender aos Termos de Intimação de n.º 5 e 6, fato que por si só autoriza a aplicação da multa de ofício no percentual de 225%, nos termos do art. 44, § 2º, da Lei n.º 9.430, de 1996. Embora também tenha servido de fundamento, o descumprimento parcial dos demais Termos de Intimação, consoante pacificamente entende este Colegiado Administrativo (v.g., Acórdão n.º 2101-002.248, publicado em 16/08/2013), não autoriza a sua aplicação, sendo imprescindível que não tenha havido qualquer resposta à intimação.

Em conclusão, correta a aplicação da multa de ofício proporcional no percentual aplicado, que, ademais, assenta-se em dispositivos legais plenamente vigentes, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada pelas autoridades administrativas (Súmula CARF n.º 2).

No concernente à responsabilidade solidária, nada há de irregular.

Primeiro, porque não há falar em desconconsideração da personalidade jurídica (prevista no art. 50 do vigente Código Civil), uma vez que o próprio CTN já prevê as hipóteses em que a responsabilidade pelo crédito lançado (expressão que compreende a multa de ofício) pode ser atribuída solidariamente aos sócios da pessoa jurídica.

Segundo porque, como demonstram os autos, os Srs. JOSÉ RENATO DOS SANTOS e SIDNEY GONÇALVES MARRERO exerceram a administração ou a gerência da pessoa jurídica autuada no período em que a infração à lei tributária se verificou, pelo que lhes deve ser atribuída a responsabilização solidária pelo crédito tributário lançado, nos termos do art. 135, III, do CTN, tal como expressamente referido no Relatório de Fiscalização. A citação ao art. 124, I, do CTN no mesmo Relatório é abundante e apenas serviu para reforçar a tese fazendária. Nenhum prejuízo trouxe ao lançamento ou à compreensão dos fatos pela Recorrente.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos voluntários.

É como voto.

Charles Mayer de Castro Souza



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA em 01/11/2013 10:08:07.

Documento autenticado digitalmente por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA em 01/11/2013.

Documento assinado digitalmente por: IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES OLIVEIRA em 22/12/2013 e CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA em 01/11/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 13/11/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP13.1119.15423.BM7D

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

**Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:
5F0BA1638D3967F86BD0B6172CE4FA3FE0C601F7**